



**Pontificia Universidad Católica del Perú**

Escuela de Graduados – Maestría en Derecho Civil

**“La posibilidad de reconocer un sistema de causa  
única de transferencia de propiedad inmobiliaria en  
el Código Civil de 1984”**

Tesis que para optar el grado de magíster en Derecho  
con mención en Derecho Civil que presenta el alumno

**Jorge Alberto Beltrán Pacheco**

Código : 907014.0-10

Diciembre, 2001

*A mis padres por su apoyo incondicional en el logro de mis metas y por  
su fuerza en momentos difíciles.*

*A mi hermosa esposa Giovana por el amor que me depara y por iluminar  
con su inteligencia mi camino.*

*A mi primito Paolo por soñar con la poesía y amar la vida con el alma  
blanca del poeta.*

*A mis profesores por enseñarme el camino del Derecho y las sendas del  
éxito profesional.*

## Indice

“La posibilidad de reconocer un sistema de casua única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984”

### Capítulo Primero:

Fuentes romanas de la transferencia de propiedad inmobiliaria: ¿Existe un sistema de causa única o uno de causa doble en la Roma Justiniana?

1.1 Los modos de adquirir propiedad en Roma y la traditio.

1.1.1 Modo de adquisición de propiedad.

1.1.2 La tradición.

1.1.3 La transferencia de propiedad sin necesidad de una entrega corpórea de la cosa.

- a) Traditio longa manu.
- b) Traditio brevi manu
- c) Constitutum possessorium
- d) Traditio symbolica.

1.1.4 Asuntos diversos sobre la tradición.

1.2 El contrato de compraventa: entre el contrato obligacional y el consensualismo transmisor de propiedad.

1.3 La transferencia de propiedad de los bienes mediante la nuda voluntad.

### Capítulo segundo:

La transferencia de propiedad inmueble a lo largo del Código Civil peruano y otras normas del ordenamiento jurídico: análisis exegético, de jurisprudencia de conceptos y sincrético de la enajenación.

2.1 Análisis exegético de la enajenación.

2.2 Análisis de jurisprudencia de conceptos de la enajenación.

2.3 Análisis sincrético de la enajenación.

### Capítulo Tercero:

Análisis dogmático y funcional del sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria y una visión desde el Derecho Comparado de la Institución.

3.1 Los sistemas de transferencia de propiedad inmobiliaria.

3.1.1 Sistemas de unidad del contrato.

3.1.1.1 Sistema de causa única.

- 3.1.1.2 Sistema de doble causa.
- 3.1.2 Sistemas de separación del contrato.
  
- 3.2 Análisis económico de los sistemas de transferencia de propiedad inmobiliaria.
  - 3.2.1 Costos y beneficios de los diversos sistemas.
  - 3.2.2 Objetivos del sistema de transferencia de propiedad inmobiliario ideal.
  - 3.2.3 El sistema consensualista vs el sistema registral constitutivo en el Perú.
  
- 3.3 El sistema de transferencia voluntaria de propiedad inmobiliaria en Francia, Alemania y Peru.
  - 3.3.1 Los sistemas de transferencia de propiedad inmueble francés, alemán y peruano: similitudes y diferencias.
  - 3.3.2 La importancia de un modo de transferencia de propiedad inmobiliaria en los presente sistemas.
  - 3.3.3 Rol del Registro de Propiedad Inmueble en la transferencia de propiedad inmueble y su conveniencia.
  
- 3.4 Análisis del sistema de transferencia inmobiliaria en el Perú: estudio del artículo 949 del Código Civil.
  - 3.4.1 Posible adopción de un sistema de título y modo.  
El sistema consensual en el artículo 949.
  - 3.4.3 Análisis del proyecto de reforma: adopción de un sistema registral.
    - 3.4.3.1 Ventajas
    - 3.4.3.2 Desventajas.

Conclusiones

## *Introducción*

El tema de la transferencia de propiedad inmobiliaria ha sido objeto de innumerables obras y polémicas que nos conducen a reflexionar sobre los reales alcances de nuestro Sistema de Transferencia de Propiedad Inmobiliario. El Perú ha experimentado a lo largo de los últimos años una serie de cambios producto de avances tecnológicos y de una creciente tendencia económica de corte liberal que ha conllevado una reformulación constante de las instituciones del Derecho, entre ellas el Derecho de Propiedad. Es objeto del presente trabajo el conciliar las posiciones doctrinarias actuales con nuestra realidad a efectos de constituir las bases de un Derecho vivo y nuestro.

Es por ello que nuestro ideal parte de afirmar que el Sistema Jurídico que se adopte no debe ser un conjunto estático de normas positivas, sino debe ser una construcción dinámica y permeable de reales y útiles herramientas para la convivencia pacífica que conlleve a un estudio de las instituciones en él reconocidas a la luz de la Realidad que se pretenda regular.

El presente estudio no sólo tendrá como “*opus*” el consolidar una respuesta concreta y eficiente sobre el problema de las adquisiciones de propiedad inmobiliaria en nuestro país, sino además buscará realizar un análisis de las bases históricas y conceptuales de la institución a efectos de construir un sistema de adquisición de propiedad del Perú y para el Perú.

Es nuestro sueño el crear un sistema coherente, sistemático e interdisciplinario que nos permita edificar el edificio de la nueva Escuela Peruana del Derecho, para hoy, mañana y siempre.

## *“Yo te vendo, Yo tampoco: Mentiras y verdades de la invalidez y la venta de bien ajeno”*

**Jorge Alberto Beltrán Pacheco**

Profesor de la  
Academia de la Magistratura.  
Profesor de la Facultad de  
Derecho de la Pontificia  
Universidad Católica del Perú,  
Universidad Nacional Mayor  
de San Marcos y de la Facultad  
de Administración de la  
Universidad Cristiana María  
Inmaculada.

### **1. Introducción:**

El presente trabajo tiene por finalidad efectuar diversos comentarios sobre la tendencia jurisprudencial existente en el Perú de confundir los conceptos referidos a la ineficacia estructural con aquellos propios de una ineficacia funcional. El problema descrito no sólo debemos considerarlo como un defecto de interpretación jurídica producto de la falta de una profundización teórica sobre el tema sino también es el resultado de una ineficiente regulación en el Código Civil de 1984. A continuación desarrollaremos sólo uno de los distintos problemas que se nos manifiestan: el caso de la compraventa de bien ajeno. En el Código Civil de 1936 el problema sobre la venta de un bien ajeno, cuando el comprador desconoce lo ajeno del bien, se resolvía en la posibilidad de ejercer una acción de anulabilidad (nulidad relativa) por error, mientras que en el Código Civil actual se entiende como un supuesto de rescisión. Como apreciamos estamos ante supuestos diversos en la medida que la primera solución alude a un caso de ineficacia estructural y el segundo a uno de ineficacia funcional.

## 2. Temas preliminares:

### a) El acto jurídico.-

Nuestro Código Civil define al acto jurídico como una “manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica”. La presente definición a nuestro entender resulta ambigua y general, por tanto, consideramos que debe ser objeto de precisión doctrinaria. Ante ello, resulta importante indicar que la definición de acto jurídico no debe entenderse desligada del hecho jurídico ni de los aspectos básicos relacionados con la cooperación humana y la autonomía privada.

El acto jurídico, por tanto, tiene como punto de partida a los hechos jurídicos, que se definen como “los acontecimientos o sucesos que se presentan en la realidad y que son percibidos por nuestros sentidos, siendo recogidos en los supuestos de hecho de una norma jurídica produciendo, por tanto, consecuencias jurídicas”.

Dichos hechos jurídicos pueden ser humanos o naturales. Son “hechos naturales” aquellos que se presentan en la naturaleza sin intervención humana y que producen consecuencias en el mundo del Derecho, como son: los terremotos, en los casos del cumplimiento de las obligaciones, que se consideran como “casos fortuitos”, y ante ello, son causa de exoneración de responsabilidad. Son, por otro lado, “hechos humanos” aquellos en los que interviene el actuar humano en la producción de consecuencias jurídicas, es el caso de la contratación, los actos ilícitos, como atropellar a un sujeto, entre otros.

En el esquema objeto de estudio sólo nos resulta importante profundizar lo concerniente a los hechos jurídicos humanos. Estos hechos pueden ser clasificados en “hechos voluntarios e involuntarios”. Son hechos voluntarios aquellos en los que el sujeto actúa realizando un acto cuyo resultado lo ha previsto de forma anticipada. En tanto son hechos involuntarios aquellos en los que un sujeto actúa sin haber previsto el resultado logrado, es el caso de los actos efectuados en estado de hipnosis de alteración de la conciencia. Los hechos que nos interesan para la definición de actos jurídicos son los hechos humanos voluntarios que a su vez pueden ser clasificados en hechos lícitos e ilícitos. Son lícitos aquellos hechos humanos voluntarios cuyo resultado logrado no es contrario a la ley, el orden público y las buenas costumbres. Finalmente los hechos lícitos pueden ser catalogados en hechos con o sin manifestación de voluntad. Los hechos con manifestación de voluntad son aquellos en los que se ha

exteriorizado la voluntad interna a efectos de permitir la tutela jurídica de los intereses del sujeto declarante.

De lo explicado podemos concluir que el acto jurídico es un “hecho jurídico humano voluntario lícito con manifestación de voluntad cuyas consecuencias jurídicas son las queridas por los sujetos”. Este último agregado permite diferenciar al acto jurídico con los hechos jurídicos en sentido estricto en la medida que en el primero existe un ejercicio de autonomía privada sustentado en las libertades de vinculación y de autorregulación o de configuración interna.

#### b) **Eficacia del acto jurídico: validez.-**

El tema de validez es uno de los más polémicos en la Doctrina nacional y en nuestra judicatura. Existen así numerosas confusiones que impiden un análisis adecuado de la institución y más aún, un grave desconocimiento de la relación de la validez con la eficacia de los actos jurídicos.

Todo acto jurídico para su plena eficacia requiere del cumplimiento de condiciones que permitan su adecuada construcción, por un lado, y que coadyuven a su total eficacia, por otro. Las primeras condiciones son aquellas que tienen relación con la construcción de los actos jurídicos y que se conciben como condiciones de eficacia estructural o de validez y las segundas se refieren a la eficacia funcional y por tanto permiten la producción de las consecuencias jurídicas una vez operada la construcción del acto jurídico, es el caso, por ejemplo, de las modalidades de los actos jurídicos.

Cuando existe un defecto en la construcción de los actos, como es el caso de un problema en la capacidad de los sujetos, en la posibilidad física o jurídica del bien, en la licitud del fin o en la forma exigida por la Ley, nos encontraremos ante un supuesto de ineficacia estructural que impide al acto producir las consecuencias jurídicas queridas y esperadas por los sujetos intervinientes. En tanto, si nos encontramos ante un problema en el funcionamiento del acto mas no en la construcción como resultaría en el caso de un acto plenamente válido (adecuadamente construido) pero que no cumple con la condición impuesta por los sujetos, resultaría un supuesto de ineficacia funcional.

Tal como podemos apreciar podríamos asimilar la ineficacia estructural al caso metafórico de un automóvil que no funciona por tener un problema en el motor, lo que constituye un defecto de construcción, en tanto, si el automóvil no llega a



funcionar por no tener gasolina resultaría ello un problema de funcionamiento que es ajeno a la estructura del auto. En ambos casos estamos ante problemas en el funcionamiento normal del vehículo, pero en uno se debe a un defecto en la estructura, que podía ser subsanable o insubsanable, mientras que en el otro se debe a un problema en el funcionamiento regular del vehículo sea por una causa al momento de la adquisición del vehículo (como el hecho de que no tenga gasolina en el momento de la compra) o por una causa sobreviniente (en el caso de que el auto tuviera gasolina al momento de la compra pero se quedara sin ella luego de ser usado). Los supuestos de ineficacia estructural del acto jurídico se asimilan a los primeros descritos en la presente metáfora, pudiendo ser casos de invalidez por nulidad o de invalidez por anulabilidad. En tanto, los supuestos de ineficacia funcional se asimilan a los segundos, pudiendo ser: rescisión (si son al momento de la celebración), resolución (si son sobrevinientes a la celebración), revocación (si son actos unilaterales), reversión (si son actos a título gratuito).

### **c) Capacidad y legitimidad para transferir propiedad.-**

De acuerdo al artículo 140 del Código Civil se requiere de capacidad para que un acto sea válido y por tanto pueda producir las consecuencias jurídicas esperadas. Dicha capacidad se refiere, a partir de una lectura sistemática del Código, a la atribución conferida por el ordenamiento jurídico a los sujetos para que los intereses ejercidos éstos sean tutelados por el Derecho, en la medida que las consecuencias creadas se enmarquen en los límites de la Ley. Como apreciamos de la lectura de los artículos 42, 43 y 44 del Código Civil en concordancia con el artículo 140 del mismo cuerpo legal, nuestro legislador a vinculado la capacidad jurídica de los sujetos con la capacidad natural, es por ello que se entienden como supuestos de incapacidad situaciones jurídicas como las del toxicómano, la del enfermo mental, la del ciego sordo, entre otros, que implican anomalías inherentes al ser humano. Esta afirmación nos lleva a esbozar una crítica con respecto a la regulación del Código, en tanto que parecería que el legislador no tuvo en cuenta la capacidad de las personas jurídicas y los defectos en ella para determinar las causales de invalidez, es así que sólo tenemos (relacionado con el tema de capacidad) las causales de “absolutamente incapaz” (art. 219 del Código Civil) y “relativamente incapaz” (art.221 del Código Civil).

Tal como lo apreciamos del análisis elaborado en el párrafo anterior el legislador tampoco hizo referencia alguna respecto a la legitimidad del sujeto para producir consecuencias jurídicas. El tema de la legitimidad es un asunto que guarda relación con la capacidad de los sujetos, es por ello, que en el Derecho Procesal

se regula el tema de la legitimidad para obrar como una variante de la capacidad del sujeto y por lo tanto como una "condición de la acción". Así podemos afirmar que la legitimidad refiere "a la posibilidad individual de que un sujeto capaz pueda generar una consecuencia jurídica en su esfera de libre disposición", siendo por tanto un aspecto puntual de la capacidad del sujeto.

El problema que se nos presenta es que nuestro Código Civil no establece como condición de validez de un acto jurídico la legitimidad del sujeto y por tanto el hecho de carecer de tal condición no afecta la estructura del acto. Así resulta posible la disposición en venta de un bien por un sujeto no propietario (que tiene por ello la condición de poseedor ilegítimo) en la medida que éste sea agente capaz.

En la Doctrina nacional y extranjera se debate respecto a la posibilidad de la venta de bien ajeno y se indica que la factibilidad de la celebración de tal acto de disposición dependerá del sistema de transferencia de propiedad adoptado por un determinado sistema jurídico. Así debemos desarrollar la relación existente entre los diversos sistemas y la venta de bien ajeno para comentar de forma apropiada la tendencia jurisprudencial en el Perú respecto al tema en cuestión.

En el Derecho Civil se indica que existen diversos sistemas de transferencia de propiedad que se agrupan en dos grandes sistemas mayores: el sistema de unidad del contrato y el sistema de la separación del contrato. En el primero de éstos se reconoce la existencia de un solo contrato que como matriz sirve de fuente creadora de dos efectos jurídicos: los obligatorios y los reales. Estos efectos pueden producirse de forma inmediata y por lo tanto simultánea como es en el caso del sistema de causa única de transferencia de propiedad (en el que el efecto real se produce con el sólo consenso y por lo tanto no resulta necesario un modo de adquisición); o pueden producirse de forma diferida como es el caso del sistema de transferencia de propiedad de causa doble en el que el contrato no se basta por sí sólo para la producción del efecto real traslativo sino que requiere de un modo o signo de reconocibilidad social. Por otro lado tenemos al sistema de separación de los contratos en el que se reconoce que existen dos contratos, uno generador del efecto obligatorio y otro generador del efecto real, siendo este último el acto del registro.

En nuestro país se considera, aún entre una serie de disputas académicas, que el artículo 949 del Código Civil sobre transferencia de propiedad inmueble es uno de orden consensual y que en el caso de la disposición de bienes muebles existe un sistema de causa doble o de yuxtaposición del título y el modo. Este punto es

sumamente controvertido en tanto se insiste con la idea de aprobar un sistema de adquisición basado en el registro.

La existencia de dichos sistemas de transferencia de propiedad nos sirve de base, según algunos autores, para determinar la pertinencia en nuestro país de la venta de bien ajeno. Así se afirma la imposibilidad de una venta de bien inmueble ajeno en la medida que el Código Civil regula un sistema de transferencia de propiedad consensual en el que el efecto adquisitivo de propiedad se produce de forma inmediata a la celebración del contrato, por tanto, ¿Cómo podría el vendedor transferir la propiedad de un bien que no le pertenece?

De otro lado, en el caso de los bienes muebles se establece que sí es posible la celebración de dicho tipo de contrato en tanto la transferencia de propiedad opera en dos momentos: uno que refiere al título (que genera el efecto obligatorio) y otro que se produce con el modo (que transfiere la propiedad), es así que no resultará necesario que en el momento de la suscripción del título el vendedor sea propietario, lo que sí será indispensable al momento de la tradición.

No obstante lo antedicho, desde nuestro punto de vista, no importa el sistema de transferencia de propiedad que se asuma en un Sistema jurídico, puesto que en los sistemas consensuales, donde resulta la polémica, también es posible afirmar la existencia de adquisiciones de derecho de propiedad diferidas o condicionadas como en el caso de la venta de bien futuro o de bien genérico, así como en el pacto de reserva de propiedad.

#### d) **La venta de bien ajeno.-**

Una vez explicados los temas bases es importante definir de forma genérica a la venta de bien ajeno. Esta modalidad de contrato de compraventa es una en virtud de la cual el vendedor dice comprometerse a transferir la propiedad de un bien que no le pertenece siempre que el comprador conozca tal situación. Dicho contrato de compraventa es regulado en nuestro Código Civil como un contrato de promesa de hecho de un tercero.

Desde nuestra opinión, no es posible afirmar la existencia de un contrato de promesa de hecho de un tercero, en la medida que el vendedor no puede comprometer la esfera jurídica de un tercero (el propietario) sin su consentimiento. Por otro lado, el vendedor no puede obligarse a efectuar un comportamiento que no le resulte posible, en tanto el bien no se encuentre en su patrimonio, pudiendo asumir sólo una situación jurídica de desventaja "garantía"

en virtud de la que buscará lograr la satisfacción de la legítima expectativa del comprador del bien ajeno. Es por ello que de no producirse la adquisición del bien por parte del vendedor del bien ajeno éste sólo deberá efectivizar el pago de la garantía mas no la entrega de un monto indemnizatorio, dado que no existe incumplimiento de un deber.

Son estas razones las que nos llevan a afirmar que en nuestro Código Civil no se ha regulado de forma eficiente el tema de la venta de bien ajeno. Negando rotundamente aquellas posiciones que intentan asimilar la venta de bien ajeno como un supuesto de imposibilidad jurídica o como uno de ilicitud dado que es posible en el plano del Derecho la celebración de una compraventa simple (en virtud de la que un sujeto se obliga a transferir la propiedad de un bien a cambio de un precio en dinero) y por otro lado el propio Código Civil al regular el objeto del contrato permite la obligación que tenga por contenido "bienes ajenos". Del mismo modo no existe fin ilícito en tanto el resultado que se pretende lograr mediante la venta de un bien no contraviene la ley, el orden público ni las buenas costumbres, mas aún es posible que un sujeto no propietario pueda constituir un efecto jurídico traslativo de propiedad en la medida que el adquirente haya actuado de buena fe, tal como está previsto en el artículo 948 del Código Civil.

### 3. Análisis de la tendencia jurisprudencial.-

En nuestra judicatura existe una diversidad de posiciones respecto a la venta de bien ajeno y su eficacia. Estos enfoques diversos se explican en una creciente confusión terminológica que se presenta en nuestra magistratura respecto de los temas de invalidez y de ineficacia funcional. Es así que en la Casación N°282-T-97 de Puno del 25 de noviembre de 1997 en los seguidos por Juan Rogelio Aparicio Vilca contra Edwin Gines Aparicio Vilca y otros sobre nulidad del contrato y otro se indica: *"Que el artículo mil quinientos treintainueve del Código referido está vinculando a la rescisión de la venta de bien ajeno, entre comprador y vendedor, pero no se refiere al propietario del bien, que no intervino en el contrato y que por tal motivo está facultado para solicitar la nulidad de la transferencia"*.

Tal como podemos apreciar existe una polémica posición de vincular un mismo hecho con dos efectos jurídicos diferenciados en la medida que el interprete del caso sea una parte del acto jurídico o un tercero afectado. Esta percepción errada se puede asimilar a aquellos juegos de análisis psicológicos en los que se coloca una imagen de mujer y se pregunta si observa una joven mujer o una anciana. En

otros términos se trata de conferir efectos distintos a un mismo hecho dependiendo la conveniencia de quien ejercita la pretensión. El problema, desde nuestro punto de vista, es único y debe estudiarse de forma unitaria teniendo presente también la opción legislativa asumida por nuestro legislador: de incentivar las transferencias de no propietarios en la medida que exista buena fe del adquirente o de desincentivar los perjuicios a los reales propietarios, defendiendo por lo tanto la premisa: “nadie puede disponer más allá de su derecho”. A nuestro entender nuestro sistema jurídico adoptado la primera opción, así lo vemos también en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil sobre concurso de acreedores, en los que se privilegia a quien fue más diligente en el cuidado de su crédito siendo privilegiado en la entrega del bien (aunque éste sea un supuesto aplicable en el mundo del Derecho de Obligaciones no podemos negar la influencia que produce en el efecto real).

Un problema similar al de la Casación anterior lo tenemos en la Casación N°2381-97 de Tacna del día 7 de diciembre de 1998 en los seguidos por la Municipalidad de Tacna contra Mauro Fidel Berrios Liendo y otros sobre Nulidad del acto jurídico, que nos indica lo siguiente: ***“Que efectuado un análisis de la materia controvertida y especialmente del petitorio que contiene la demanda, se colige claramente que se trata de una nulidad del acto jurídico y no de rescisión del mismo, por venta de bien ajeno a que se refiere el artículo 1539 del Código Civil”***. En el presente caso también se está analizando el supuesto desde la perspectiva del propietario afectado quien no está reconocido en el Código Civil como titular de la acción de rescisión dado que este se refiere al “comprador del bien ajeno que desconocía de la ajenidad”. Tal como podemos apreciar nuestro Código Civil sufre de un vacío normativo que no puede ser cubierto con la nulidad del acto jurídico, que sería la solución más lógica, dado que ello impediría que opere la adquisición del tercero de buena fe (salvo que el tercero hubiese inscrito su compra). Entonces nos encontramos nuevamente ante la disyuntiva: ¿qué privilegiamos?

La defensa de la posición asumida por el Código Civil también es posible de ser encontrada en las Resoluciones Casatorias de nuestro Poder Judicial tal como lo apreciamos en la Casación N°469-96 de Piura del 16 de octubre de 1997 en los seguidos por Victor Arizaga Gutierrez contra la Municipalidad de Breña y otros sobre nulidad de Escritura Pública en la que se señala: ***“Que el argumento de que un acto jurídico es nulo por que se ha vendido un bien ajeno, no es cierto ya que la venta de bien ajeno se halla normado por el artículo mil quinientos treintisiete del Código Civil y es sancionado con la rescisión***

*del contrato a solicitud del comprador tal como se colige de lo dispuesto por el artículo 1539 del mismo Código”.*

Lo que podemos apreciar de esta casación es que no desarrolla el tema de la posible invalidez del acto jurídico y la tutela de la situación jurídica del propietario a efectos de descartar la factibilidad del ejercicio de una pretensión de nulidad. Es así como se deja abierta nuevamente dicha posibilidad llevándonos a situaciones realmente de inverosimilitud jurídica como afirmar en una casación que es posible alegar la imposibilidad jurídica del objeto: Casación N°1728-97 de Lima del 18 de mayo de 1998 en los seguidos por José Lucas Álvarez Montes contra Baltasar Arellano Ramírez y otros que nos indica: ***“Que un caso de imposibilidad jurídica del objeto tratándose de un contrato de compraventa es justamente el de la venta de bien ajeno, puesto que ningún sujeto puede transferir a otro un derecho del que no es titular”***. Desde nuestro punto de vista los vocales de la Corte cometieron un gravísimo error de razonamiento lógico jurídico en la medida que no explican la subsunción operada y por otro lado cómo se adecuaría la afirmación a la que concluyen con lo dispuesto en el Código Civil sobre las adquisiciones a non-domino de buena fe. Tal como lo hemos indicado en el estudio de los temas preliminares no es posible afirmar la imposibilidad del objeto en tanto es factible en nuestro Código Civil, tanto por reglas del Libro de Derechos Reales como en el de Derecho de las Obligaciones la celebración de actos sobre bienes ajenos.

Finalmente nos llama poderosamente la atención el afirmar en Resoluciones Casatorias que existe en el caso de la venta de bien ajeno supuestos de ilicitud tanto civil como penal, lo que tal como lo habíamos afirmado no es posible de ser sustentado en tanto el propio Código Civil lo permite, y por otro lado debemos reconocer que el enfoque y estudio de las consecuencias jurídicas del Derecho Civil no condice con aquel propio del Derecho Penal, es así que no obstante el acto sea válido puede haberse perpetrado un delito que será objeto de sanción en la vía penal. Así discrepamos con las siguientes Casaciones: Casación N°354 T-97 del Cuzco del cinco de diciembre de 1997 en los seguidos por Crisóstomo Silva Zúñiga y otra contra Ethel Marina Lovón Varas y otros sobre nulidad de acto jurídico que indica: ***“Que en materia de la venta de una cosa ajena, deben distinguirse dos situaciones: a) cuando el vendedor hace presente que se trata de cosa ajena, lo que es ilícito (sic) e importa la obligación del vendedor de procurar la transferencia del bien a favor del concordante con el Artículo mil cuatrocientos nueve, inciso segundo, del mismo Código, y b) cuando se vende como propio lo que es ajeno, lo que constituye delito previsto y penado en el artículo ciento noventa y siete, inciso cuatro, del Código Penal y por tanto acto ilícito contrario al orden***

*público, que reprueban la Ley Civil y sanciona con la nulidad del acto, conforme al artículo doscientos diecinueve, incisos cuatro y octavo del Código Sustantivo".*

Del mismo modo encontramos la presente errada posición recogida en la Casación N°1017-97 de Puno de fecha diecinueve de octubre de 1998 en los seguidos por doña Felicia Blanca Guillén Tinajeros contra don Samuel Aguilar Pariapaza y otra sobre nulidad de contrato de compraventa y acto jurídico, cuando señala: *"Segundo.- Que la ley permite la compra venta sobre cosa ajena, siempre que el comprador conozca esta situación, como resultado de lo dispuesto en los artículos mil quinientos treintaisiete, mil cuatrocientos setenta, mil cuatrocientos setenta y uno y mil cuatrocientos setentidós del Código Civil, en cuyo caso el vendedor se obliga por un tercero. Tercero.- Que, fuera de estas circunstancias la venta de cosa ajena es un delito, tipificado en el artículo ciento noventa y siete inciso cuarto del Código Penal y denominado estolionato, por lo que constituye un acto ilícito".* La presente casación no sólo es errada en la medida que afirma la existencia de una obligación en el vendedor sino que además cataloga a la situación civil desde el punto de vista penal como delito.

Del análisis realizado podemos indicar que aún resulta precaria la noción de ineficacia en nuestro país y del mismo modo lo referente a la venta de bien ajeno, por ello es labor de los juristas aportar nuestros conocimientos jurídicos para soñar con un mañana diferente donde la luz del Derecho ilumine la balanza de la justicia para así decir **TENEMOS UN PODER JUDICIAL QUE NO SOLO NOS AYUDA EN LOS CONFLICTOS SINO ADEMÁS NOS ENSEÑA LA EXPERIENCIA DE LA VIDA Y DEL DERECHO.** Así sea.....

#### 4. Conclusiones.

- a) La compraventa de bien ajeno es un contrato que no es regulado de forma adecuada en el Código Civil de 1984.
- b) Dicho contrato es posible de ser celebrado en el Perú y por lo tanto su formación resulta válida consistiendo en un compromiso contractual distinto a la compraventa en virtud del que el vendedor del bien ajeno genera una situación de garantía de satisfacción a favor del comprador.
- c) No importa el sistema de transferencia de propiedad que exista en el Perú para determinar la validez del contrato de compraventa de bien ajeno.

- d) No es posible afirmar que ante un mismo contrato de compraventa en el que el vendedor no sea propietario (dentro de la figura de la venta de bien ajeno) pueda argumentarse la invalidez del acto y la ineficacia funcional por rescisión.
- e) Dependerá de la opción legislativa adoptada por el legislador nacional para determinar si es que el acto de venta de bien ajeno es válido o es un acto nulo.
- f) No debemos confundir el enfoque del Derecho Penal con el del Derecho Civil para catalogar la eficacia de los actos celebrados.





***CAPITULO PRIMERO***

***FUENTES ROMANAS DE LA TRANSFERENCIA DE  
PROPIEDAD INMOBILIARIA: ¿EXISTE UN SISTEMA DE  
CAUSA UNICA EN LA ROMA JUSTINIANEA?***

El presente capítulo tiene por objeto el indagar en las fuentes romanas justinianeas la función efectiva de la tradición como modo de transferencia de propiedad e intentar demostrar que en dicho contexto histórico se hizo uso de otros modos de transferencia que no necesitaron de la "traditio" para operar el efecto traslativo, más aún es nuestro "opus" el acreditar que el sólo contrato era suficiente para considerar propietario al "accipiens" o adquirente.

Tal tarea resulta un tanto ambiciosa, pero consideramos que el esfuerzo académico y los deseos por conocer lo oculto en la Historia del Derecho nos lleva e inspira a realizar, cual Indiana Jones, la búsqueda de la "verdad perdida" descrita en Italia por Riccobono (1), quien establece que en Roma Justiniana se aplicó a nivel usual o moral la transferencia de propiedad por el sólo consenso.

### **1.1. Los modos de adquirir propiedad en Roma y la Traditio.**

De acuerdo a las fuentes romanas la propiedad de las cosas se adquiría de forma originaria o derivada , siendo la tradición el modo clásico de transferir y adquirir la propiedad de las res (I. 2.1.40 : "*Según el Derecho natural adquirimos las cosas por tradición. En efecto, que la voluntad del propietario que quiere transferir su cosa a otro reciba su ejecución , nada es más conforme a la equidad natural. Así la tradición puede aplicarse a toda cosa corporea y hecha por el propietario produce enajenación...*"; D.19.1.11.2 : "*Y en primer lugar debe el vendedor dar la cosa misma , esto es entregarla...*"; C.2.3.20 "*El dominio de las cosa se*

---

1 Riccobono. En : Traditio Ficta. Roma. Citado por Carlo Longo. Corso di Diritto

*transfiere por la tradición y la usucapión")*.

Pero, resulta necesario, a fin de realizar una evaluación eficiente de la Institución, precisar lo qué entendemos por modo de adquisición de propiedad y por tradición.

### **1.1.1) Modo de adquisición de propiedad.-**

Se llaman "modos de adquisición de la propiedad" a aquellos hechos jurídicos o medios de reconocibilidad social con eficacia jurídica que el ordenamiento declara idóneos para crear en la esfera patrimonial de los particulares o sujetos un derecho de propiedad o para transmitirlo de uno a otro sujeto. Estos modos son clasificados en la Doctrina ,siguiendo a Gayo, en dos grandes categorías: modos de adquisición *ius gentium* es decir inspirados en una naturalis ratio y en consecuencia , accesibles tanto a los extranjeros como a los romanos y modos de adquisición *iuris civilis*, es decir, propios de los romanos(2)

---

Romano. Milano. Giuffré Editore. Italia. 1946.

2 Arangio-Ruiz, Vincenzo. "Instituciones de Derecho Romano". Ed. De Palma. Argentina. 1952.

De acuerdo a Guzman Brito<sup>(3)</sup> los modos de transferencia de propiedad se distinguían en modos originarios y modos derivativos, siendo la distinción entre uno y otro establecida en base a tres criterios: "*Por un modo originario se entiende a aquel (i) con que comienza un dominio nuevo; (ii) cuya eficacia productora del mismo no depende de un dominio anterior; y (iii) cuya estructura no supone un correspondiente acto antecedente de otra persona que traspasa la cosa, tal como ocurre en la ocupación de animales salvajes. Por el contrario, es derivativo el modo que (i) traslada un dominio anterior con todas sus cualidades y defectos, (ii) resultando eficaz en cuanto ese anterior dominio haya verdaderamente existido, porque (iii) hay traspaso de un enajenante a un adquirente, como sucede en la tradición*".

Tal como podemos apreciar la tradición implica un modo derivativo de traslado de la propiedad y por ende reconoce la preexistencia de un titular primitivo de tal derecho real. Ello nos lleva a comprender el por qué es el modo más difundido en Roma Justiniana, en tanto su utilidad estaba relacionada con la materialización de la cooperación humana generada de los acuerdos celebrados entre los

---

<sup>3</sup> Guzman Brito, Alejandro. "Derecho Privado Romano". Tomo I. Editorial

sujetos, entendiéndose, por ejemplo, como el punto culminante del perfeccionamiento del contrato de compraventa conjuntamente con el pago del precio.(4)

Desarrollemos a continuación el concepto de tradición y las reglas que deben tenerse presente en su desarrollo fáctico a efectos de generar la consecuencia jurídica de la adquisición de la propiedad.

### **1.1.2) La Tradición.-**

Es el modo más antiguo de transmisión consistiendo en la pura y simple entrega de la cosa por el sujeto enajenante (tradente) al adquirente o accipiens.

La palabra traditio se origina en tradere, y ésta es trans-dare, que significa "dar a través, de un lado a otro". El castellano "entregar" deriva de "integrare", que tardíamente significa "completar, devolver, restituir"

---

Jurídica de Chile. 1997.p.524.

4 "... Pero también puede exigirse ,para que la propiedad sea transferida , que haya habido además de la convención de las partes la entrega de la posesión..Diré solamente que es mucho más natural (este sistema) y que la propiedad, que es un Derecho respecto de todos se halla entonces manifestada a todos por el signo exterior que regularmente la acompaña". En :Ortolan.Derecho Romano.

en el sentido de dejar algo en el estado anterior , dejarlo como intacto o integro.

El presente modo de transferencia de propiedad cumple una doble función: puede ser considerada como modo de adquirir la posesión y el dominio civil, o como modo de adquirir tan sólo la posesión. La primera de las descritas se logra cuando nos encontramos ante una *res nec mancipi* y se realiza la tradición por su dueño quirritario basándose en una *iusta causa traditionis* y la segunda la tenemos presente cuando se persigue sólo el generar una posesión concreta o simple entrega.

Las reglas que deben tenerse presente en la traditio son las siguientes:

**Debe ser efectuada por un sujeto capaz.** En la medida que la tradición se entiende como un modo bilateral, en tanto "la adquisición tiene lugar bajo el presupuesto de un acto de dación de otro dirigida a dicha adquisición", debe valorarse la capacidad en ambas partes intervinientes: el tradente y el accipiente. Es así que se dispone " *que los sujetos no deben ser impuberes, en tanto tradentes, dado que necesitarían*

*de la intervención del tutor impuberis*". Tal como puede apreciarse dicha regla no se aplica a los *accipiens* en tanto que se pueden beneficiar con la adquisición. Del mismo modo se reconoce que la tradición es accesible a ciudadanos y peregrinos.

**El tradente debe ser propietario , debiendo tener la cosa o de cualquier modo tenerla dentro de su poder de disposición.** La presente regla se deriva de la fuente romana de Ulpiano que establece : D.41.1.20 "*La entrega no debe ni puede transferir al que recibe nada más de lo que hay en poder del que entrega. si pues , uno tuvo el dominio sobre un fundo lo transfiere al entregarlo y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe*". También pueden efectuar la entrega del bien por tradición un *filiusfamilias* a quien su pater le confió autorización o que tenga la libre administración del peculio, un esclavo en las mismas condiciones, el *procurator omnium bonorum*, el *tutor impuberis*, el *curator furiosi* o el pignoratario respecto de la cosa pignorada con *pactum de vendendo*.

**Debe existir *iusta causa traditionis*.** Esto quiere decir que debe existir una justa causa que legitime la transferencia de propiedad del

*tradente al accipiente*, la que puede consistir en: una *traditio donationis causa* (dar en donación), una *traditio dotis causa* (dar en dote), una *traditio solutionis causa* (dar en pago) o una *traditio venditionis causa* (dar en compraventa), entre otras.

Esta justa causa es la que determina cuando nos encontramos ante una nuda tradición o simple entrega y cuando nos encontramos ante una tradición que genera una posesión legal, la que supone la existencia de dos elementos: el hecho de la posesión y la intención.

En la Doctrina se discute en torno a la valoración de la intención en los sujetos intervinientes. Es así que se establece que sólo es importante valorar la intención en el sujeto que adquiere el bien o recibe la cosa, mas no resulta trascendente valorar aquella que corresponde al tradente. Ello se establece en tanto que pueden producirse errores en la causa de transferencia que pueden generar la invalidéz de la tradición. Desde nuestro punto de vista consideramos que la valoración de la intención del tradente es fundamental en tanto que determina la transferencia, así veremos en un momento posterior del trabajo que la sola voluntad del tradente puede considerar operada la transferencia de



propiedad en favor del adquirente sin necesidad de la entrega del bien. Es, entonces, necesario resaltar que la intención del tradente debe ser el desvincularse de la cosa que entrega y dicha intención debe estar determinada por una causa justa.

**De acuerdo a autores como Ortolan (5) y Arangio-Ruiz (6) debe existir la voluntad del tradente de desprenderse de la cosa para transferirla a la contraparte y la voluntad del accipiens de tomarla para sí.** Estos autores, tal como se puede apreciar, desvinculan la justa causa de la intención de los sujetos. Consideramos correcta dicha precisión pero no debemos la complementariedad existente entre la justa causa y la intención de los sujetos, por ejemplo: si un sujeto tradente quiere entregar el bien en uso no podría considerar como justa causa la compraventa y de otro lado, si un sujeto celebra un contrato de compraventa no puede considerar tener la intención de entregar en uso el bien dado que ello desnaturalizaría el contrato celebrado.

La entrega de la cosa. El presente elemento es aquel recogido en las fuentes romanas y que complementa lo desarrollado en líneas

---

5 Ortolan . Op.cit

anteriores respecto de la justa causa. De acuerdo a lo que establece Paulo: D.41.1.31 "La nuda tradición nunca transfiere el dominio sino si hubiere precedido venta, o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega". Tal como se concluye es necesaria la entrega "material" de la cosa y la justa causa de dicha entrega. Ahora bien es necesario respondernos a la siguiente interrogante: ¿Siempre se efectuó la entrega material de la cosa en la transferencia de propiedad? La respuesta resulta negativa y ello nos lleva a desarrollar lo concerniente a aquellos otros modos de transferencia asimilables a la traditio en Roma Justiniana.

### **1.1.3) La transferencia de propiedad sin necesidad de una entrega corporea de la cosa:**

Tal como se había señalado en el acápite anterior era necesario para efectos de considerar realizada la tradición de una cosa la entrega material de ésta al *accipiens*. Pero , de acuerdo a lo indagado en autores como el estudioso italiano Arangio-Ruiz (7) quien establece que: "*in diritto giustiniano era notoriamente venuta meno la separazione netta fra contratti obbligatorii e negozi traslativi di proprietà (onde non era*

---

6 Arangio-Ruiz. Op.cit

*piú scandaloso attribuire al recesso l'effetto reale*"); la tradición devino en desuso en la práctica generándose otros modos de efectuar el desplazamiento patrimonial de la cosa.

Es así que se generó un fenómeno de espiritualización de la tradición, generándose la llamada "*tradición no corporal*" que se nos presenta insinuada en la Constitución de Teodosio, Arcadio y Honorio en C.4.3.1.2: "*Quod si praedia rustica vel urbana placitum continebit, scriptura, quae ea in alium transferat, emittatur, sequatur traditio corporalis, et rem fuisse completam gesta testentur*".

Dichos modos de transmisión de la propiedad equivalentes a la entrega según Ortolan surgen en tanto la entrega no sólo implica el desplazamiento material de la cosa sino también la puesta a disposición de ésta al adquirente. Es así que señala que hay "*hecho de la posesión*" siempre que la cosa se encuentra, sea del modo que quiera, a disposición del que la adquiere. (8)

Ante ello, podemos considerar que el sujeto accipiente se considerará satisfecho y por ende propietario en la medida que se

---

7 Arangio-Ruiz. Op. Cit pag.425

verifiquen cualesquiera de los siguientes supuestos:

a) *Traditio longa manu* (9): que es aquella que se verifica aún estando presente la cosa al momento de la traditio. Consiste en señalar a distancia la cosa por quien la transfiere. Así tenemos en las fuentes el supuesto en el que se enajena un fundo señalándolo desde lo alto de una torre (D.41.2.18.2: "*si vicinum mihi fundum mercato venditor in meaturre demonstrat vacuumque se possessionem tradere dicat, nominus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem*") o aquel otro en el que se entregan las llaves de la almacén al accipiente para que tome las mercaderías guardadas en el interior de la misma (D.18.1.74 Papiniano). De acuerdo a Longo en su *Corso di Diritto Romano* "*E'in questo caso che le fonti dicono essere il possesso appreso non tactu, sed oculis et affectu*"(10)

b) *Traditio brevi manu* (11): que es aquella que se presenta

---

8 Ortolan. Op.cit.

9 La expresión *Traditio Longa Manu* fue acuñada por los interpretes medievales tomando como base D.46.3.7( de Javoleno, en donde se trata de que el acreedor ordena al deudor dejar en su presencia el dinero debido; el jurista dice que el dinero se hace inmediatamente del acreedor y que queda liberado el deudor.

10 Longo, Carlo. Op.cit

11 También fueron los juristas medievales los que acuñaron el nombre *traditio brevi manu* inspirados por D.23.3.43.1 de Ulpiano. También fueron los juristas medievales los que acuñaron el nombre *traditio brevi manu* inspirados por D.23.3.43.1 de Ulpiano.

cuando el adquirente , antes de la traditio, detentaba ya la cosa bajo otro título distinto y no es necesaria , por tanto , ninguna transmisión o puesta a disposición material de la cosa misma. Así lo tenemos establecido en D.41.1.9.5 "*Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam commodavi aut locavi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio*". De lo expuesto se desprende que sólo será necesario el cambio del título posesorio para entender efectuada la tradición así el arrendatario quien era poseedor mediato se convertirá en propietario en virtud de la voluntad del tradente.

c) *Constitutum possessorium*. Es aquella que se presenta cuando el enajenante no realiza la entrega sino que se constituye en mero detentador de la cosa en nombre del adquirente, de modo que éste adquiera la propiedad y la posesión de la misma sin necesidad de transmisión material. En el presente caso se verifica la figura inversa de la *traditio brevi manu* en tanto el accipiente no tendrá la posesión efectiva de la cosa sino que constituirá en favor del tradente un derecho de posesión, que puede ser mediante un contrato de arrendamiento u otra figura que

implique una cesión de uso. Tenemos como ejemplo gráfico de la presente figura el supuesto recogido en D.41.2.19 pr. de Marcelo: *"alguien compró de buena fe un fundo ajeno del vendedor; con posterioridad entra en conocimiento de haber comprado a non domino y toma en arriendo el fundo a su dueño; el jurista responde que deja de poseerlo, e implícitamente que la posesión la adquiere el dueño-arrendador"*. Otro supuesto es el recogido en D.41.2.18 pr. de Celso en el que se afirma el principio general: *"si poseo (civilmente) algo en mi nombre lo puedo empezar a poseer en nombre ajeno, sin que ello signifique un cambio de la causa de por sí y ante sí, porque se trata de posesiones distintas; en tal caso hago poseedor al otro por mi ministerio"*.

d) *Traditio symbolica*. Es aquella en la que se entiende efectuada la transferencia cuando se realiza la entrega o puesta a disposición no de la cosa cuya propiedad se transfiere sino sobre otro objeto que simboliza a esa cosa.(12)

#### **1.1.4) Asuntos diversos sobre la tradición.**

---

12 Existieron luego otras formas de transferencia como son: la delegación de dar (se

Existen aspectos que merecen ser analizados de forma superficial a efectos de profundizarse en investigaciones posteriores que nos lleven a nuevos desafíos sobre el tema de la tradición. Estos aspectos se refieren a la denominada "*causa putativa*" y a los "*errores en la causa*". ambos supuestos son desarrollados de forma brillante por GUZMAN BRITO (13) y es por ello que es nuestra intención en el presente punto plantear ciertas conclusiones y observaciones de carácter general.

Cuando nos referimos a la causa putativa estamos aludiendo a aquel supuesto en el que los sujetos intervinientes: tradente y accipiente consideran distintas justas causas para efectos de la tradición, como por ejemplo que ante la entrega de una cosa el accipiente considere que esta se entrega en posesión para efectos de ser devuelta y el tradente considere que la justa causa es una compraventa (también puede presentarse la figura inversa).

En estos casos de disentimiento se entiende que el contrato deviene en nulo, en tanto el bien no resulta adquirido, pero de darse un supuesto de

---

ordena la tradición en favor de un tercero); la *Communicatio bonorum*; la transferencia de propiedad a personas jurídicas; y las donaciones entre padres e hijos.

causas diferentes pero que implican una consecuencia similar no se considerará nula la venta, es el caso de un tradente que entrega el bien considerando una *donandi causa* y un accipiente que recibe el bien por una *venditionis causa*, como se aprecia en ambos se persigue la transferencia de propiedad. En esta figura nos encontramos en los orígenes de lo que hoy conocemos como "conversión del negocio".

Por otro lado si se verifica un supuesto de *error in causa*, dicha falsa representación puede verificarse ya sea en la "causa de dar" o *causa dandi* o en la "causa de adquirir" o *causa accipiendi*. De darse un vicio en ambos nos encontraremos ante un disenso asimilable a la causa putativa. En tanto de verificarse el error en uno de los sujetos, dependerá del supuesto para considerar su validez.

### ***1.2. El contrato de compraventa: entre el contrato obligacional y el consensualismo transmisor de propiedad.***

De acuerdo a las fuentes romanas el contrato sólo puede generar efectos obligacionales en tanto se le reconoce como fuente de

---

13 Guzman Brito. Op.cit



obligaciones (así Arangio-Ruiz(14) considera que *"el contrato es siempre y solamente fuente de obligación , es decir, obliga a uno u a otro o a ambos contratantes a dar, hacer o no hacer algo respecto del otro"*) Consideramos discutible tal afirmación dado que en Roma, a diferencia de nuestro país que asume la tesis del contrato obligacional, se alude a contratos reales o in rem que se perfeccionan con la entrega del bien. Desde nuestro punto de vista la existencia de contratos in rem ( aquellos que para Gayo nacen de la transmisión de la propiedad de una cosa o de una cantidad de cosas de una persona a otra, a la cual incumbe la obligación de restituirla o de restituir otro tanto) son un indicativo del efecto real inmediato en tanto la obligación no surge sino opera la entrega previa del bien , así en el secuestro o en el mutuo no se puede afirmar la existencia de una obligación de custodia y de restitución si no ha operado la entrega previa del bien.

Históricamente la compraventa (justa causa por excelencia de la tradición consensual) se inició como un contrato que implicaba el intercambio de bienes, de ahí que no se tenga una diferencia primitiva en estrictu sensu entre la permuta y la compraventa. Luego de algunos años

---

14 Arangio-Ruiz. Op. cit

se le reconoció a la compraventa una naturaleza diversa a la permuta en tanto se entregaba un bien a cambio de un precio el que era en moneda. Así se consideró gradualmente a la compraventa como un contrato consensual cuando en sus orígenes implicaba un acuerdo que transfería la propiedad inmediatamente. Así Arangio-Ruiz (15) señala:

*"...la compraventa romana es una institución verdaderamente singular en la historia del derecho; cuanto más se extienden nuestros conocimientos en el campo del derecho antiguo comparado, mejor se revela la difusión de la concepción opuesta, en virtud de la cual la venta es, por lo menos ex parte venditoris, un negocio jurídico real, que transmite inmediatamente la propiedad de la cosa; y la misma concepción domina las legislaciones modernas, aún aquellas que derivan-como la italiana-de tradiciones romanísticas. En Roma misma, por lo demás, el contrato consensual no es originario: sabemos ya que la compraventa del antiguo derecho civil fue la mancipatio, cambio inmediato de cosa contra precio... y también antes de ello debió existir, en el uso del mercado, el cambio puro y simple*

---

15 Arangio-Ruiz. Op.cit

*(natural y monetario), fundado sobre la entrega manual. No sabemos cómo se impuso el principio de la mera obligatoriedad: el origen del ius gentium, que nos explica perfectamente esa absoluta falta de formalidades que es propia de la venta, no da, en cambio, la razón de la separación verificada entre la obligación de transmitir la cosa y la transmisión misma; tanto más cuanto que el derecho de los países de civilización griega, en el que se acostumbra a pensar como en el modelo a que más fácilmente podían atenerse las contrataciones entre romanos y extranjeros, permaneció siempre dominado por la idea de la compraventa de efecto inmediato".*

Ante tal afirmación debemos indicar que el presente trabajo no tiene por objetivo profundizar aspectos relacionados a la compraventa y sus orígenes sino tiene como propósito la revisión de algunos aspectos de la compraventa que pueden apoyarnos en nuestra tesis de considerar la posibilidad de un contrato con efectos reales inmediatos.

De acuerdo a las fuentes romanas la compraventa es propia del Derecho de gentes y por ello se perfecciona con el consentimiento

(D.18.1.1.2 Ulpiano). Dicha compraventa no se puede entender sino existe cosa a ser vendida (D.18.1.8 Pomponio) es así que toda compraventa requiere para su formación la determinación de un bien y el consentimiento sobre el precio. Ahora bien dicha cosa es necesaria en tanto debe operar la tradición de la misma para efectos de transferir la propiedad, lo que nos llevaría a afirmar que de poderse transferir otros bienes que no sean cosas (y en tanto ello corpóreos) no sería necesaria la tradición que según lo establecen las fuentes romanas sólo procede sobre bienes corpóreos (así lo establece ORTOLAN citando las fuentes romanas: "*como en las cosas incorporeas no puede haber propiamente hablando posesión tampoco puede haber tradición. Pero pues se ha admitido respecto de estas cosas en ciertos casos una cuasi posesión que consiste en el ejercicio del derecho*" D.7.1.3.pr. Así también Gayo establece que "*es manifiesto que las cosas incorporeas no admiten entrega ni usucapión*" D.41.1.43.1)

De arribar a la conclusión antedicha eliminaríamos una de las afirmaciones más difundidas del Derecho Romano: *la compraventa es siempre obligacional y que la tradición es necesaria para transferir propiedad.*

Entonces aventuremonos en las cercanías de este escabroso tema ha indagar la posibilidad de referirnos a ventas de bienes incorporeos , que de acuerdo a las fuentes romanas citadas por Ninna Ponsa de La Vega de Miguens (16) son aquellos que no se pueden tocar (quae tangi non possunt): una herencia, un usufructo, una servidumbre. De acuerdo a la fuente romana D.14.1.8.1 se pueden celebrar contratos de compraventa sin cosas , en tanto ello consista en la venta de una esperanza (azar), así sucede cuando se compra la cogida de peces , o de aves, o de las cosas que se tiran. En el presente caso se entiende efectuada la compra y por ende existe transferencia de propiedad a cambio de precio, pero tal como podemos apreciar "no hay cosa" pero si hay precio entonces hemos combrado un bien incorporeo, que consist en el "azar", el que no necesita de la tradición para poder transferirse, dado que yo lo adquiero con el sólo hecho de contratar lo que genera el pago del precio correspondiente.

Otros supuestos donde se presentan adquisiciones de bienes incorporeos es cuando se compran herencias ( C.4.39.1) o cuando se adquieren créditos (derechos que son incorporeos: C.4.39.3)

---

16 En: Ninna Ponsa de La Vega de Miguens. Manual de Derechos Reales en Roma.

Ante tales aseveraciones y corroboraciones en fuentes romanas podemos concluir que la compraventa también podía consistir en bienes incorporeos, que si bien se establece en Doctrina que en estos casos se adquiere el bien corporeo sobre los que recaen la herencia , el crédito, por ejemplo, no se puede negar que a efectos de mantener una sistemática coherente en las fuentes romanas justinianeas no debió haberse hecho referencia a compraventas de tales bienes sino de su contenido u objeto.

Cada vez es más cercana nuestro opus pero no podemos llegar a una conclusión meramente somera sino debemos tener corroboraciones concluyentes de nuestra afirmación.

Elementos que apoyan nuestra tesis en torno a la compraventa son el riesgo y la escritura exigida en algunos supuestos. Cuando aludimos al riesgo debemos tener presente la fuente romana de Ulpiano D.18.6.1.1 que establece: *"Pero el vendedor debe responder también de la custodia hasta el día de la medida(del vino) ; porque antes que se mida el vino, casi que aún no se ha vendido, y después de hecha la medida deja de ser del vendedor el riesgo"*, Como podemos apreciar lo que interesa para

efectos del traslado del riesgo no es la entrega del bien (vino) sino la medida del mismo, eso quiere decir que puede darse la medida y luego entregarse el bien considerando trasladado el riesgo en el primer instante. Lo importante en esta afirmación es resaltar que la premisa básica del Derecho Romano es que la "cosa se pierde para su propietario" y por ende el "riesgo lo asume el propietario"(de ahí que en D.18.6.8 Paulo se establezca que el riesgo es del comprador al perfeccionarse la compra) , ello resulta lógico en tanto que es el llamado a cuidar sus intereses y en la medida que el bien se encuentra en su esfera de dominio. Ante ello debemos considerar que al haberse establecido que el riesgo es del comprador cuando se efectua la medida, sistémicamente (al igual que el punto precedente) debemos considerar que el éste se hace propietario al efectuarse la medida. Tener un criterio en sentido contrario nos llevaría a un supuesto ilógico con la premisa general.

De otro lado la scriptura se exigió en la venta de determinados bienes inmuebles , considerándose suficiente ésta para transferir la propiedad. Es así que en C.4.3.1.2 se establece que los predios rústicos o urbanos se transfieren con la escritura, a pesar de efectuarse la entrega posterior.

A efectos de concluir el presente trabajo debemos de profundizar las transferencias de propiedad sin necesidad de traditio.

### ***1.3. La transferencia de propiedad de los bienes mediante la nuda voluntad.***

Tal como lo habíamos señalado líneas anteriores la tradición comenzo a experimentar cambios a efectos de espiritualizarse, de ahí que PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS (17) considere que *"Esta trayectoria de las formas de la tradición ha llegado a presentar algunos casos en el Derecho Postclásico , en los que ya no hay ni vestigios de la entrega material de la cosa. De manera que la adquisición de la propiedad se verifica por la sola voluntad de adquirir y de enajenar. Esto ha conducido a algunos romanistas a sostener que a pesar de que en el Digesto se afirma que la propiedad se transmite traditionibus non nudis pactis este espíritu ya no perdura en los tiempos de Justiniano y en la compilación por el ordenada impera el espíritu de transmitir la*

---

17 Ponnsa de La vega de Miguens. *Op.cit*



*propiedad por simple consentimiento". El mismo criterio asume ARIAS RAMOS y RICCOBONO (citado por LONGO "Non possiamo quindi accettare la tesi sostenuta da un illustre romanista nostro, il Riccobono, secondo la quale nel diritto giustiniano, malgrado le nette dichiarazioni formali circa la necessità della tradizione pel trasferimento del dominio, e malgrado le conseguenze pratiche dedotte dall'esigenza di tale requisito, il sistema inaugurato effettivamente sia quello moderno che ammette il passaggio della proprietà col nudo consenso".*

Tal como lo sostiene RICCOBONO en Roma Justiniana se estableció en la práctica un sistema consensual que implicó una reforma ,sin declaración, de carácter explícita. Tal situación se generó por el contraste existente entre la concepción originaria romana y la que era aceptada por los diversos pueblos de origen Bizantino. Es así que ello se hace manifiesto en las Constituciones en las que los emperadores reafirman algunas veces la necesidad de realizar la mancipatio y la traditio, mientras que en otras ocasiones deciden casos prácticos siguiendo la concepción provincial y alejándose cada vez más del principio originario romano. Surgió así la exigencia, ya descrita anteriormente, de formas de publicidad en las transmisiones

inmobiliarias generándose la práctica escritural que debía ser redactado frente a funcionarios (curatores rerum publicarum) o magistrados municipales o el defensor civitatis, o bien delante de notarios. La realización de estas formalidades es considerada suficiente para transferir la propiedad, siendo algunos ejemplos el traspaso de la propiedad entre padres e hijos y la transferencia de propiedad de las donaciones a personas jurídicas con la redacción del documento delante de un oficial público.

Ante ello debemos concluir que en Roma Justiniana se estableció fácticamente un sistema consensual de transferencia de propiedad y no sólo tradicional como lo establecen diversos autores de Derecho Romano y Derechos Reales.

Para finalizar la presente investigación citaremos algunas fuentes romanas que apoyan nuestra Tesis:

I.2.1.46 *"Con frecuencia , hay casos en que, aunque se dirija a una persona indeterminada ,la voluntad del dueño transfiere la propiedad. Así pues los pretores y los cónsules que dan el dinero al*

*pueblo ignoran lo que tocará a cada uno; pero como quieren que cada uno adquiera lo que pueda coger , le hacen al momento propietario de ello"*

I.2.1.44 *"alguna vez basta sin tradición la sola voluntad del dueño para enajenar; como ,por ejemplo, si la cosa que ha dado a préstamo en arrendamiento o depósito, te la vende o te la da , aunque en ejecución de esta venta o de esta donación no te la haya entregado por sólo el hecho de consentir en que se haga tuya, al punto adquieres la propiedad, como si con este objeto se hubiese verificado la tradición".*

D.41.1.21.1 Pomponio *"Si poseyeras una cosa mía y yo quisiera que fuese tuya, se hará tuya, aunque no estuviere en mi poder la posesión".*

D.41.1.10.7 Gayo *"Además de esto a veces la voluntad del dueño , aún refiriéndose a una persona incierta, transfiere la propiedad de la cosa, por ejemplo, el que hecha cosas al pueblo; porque ignora que haya de recoger de ellas cada cual, y sin embargo*

*como quiere que sea de él lo que cada cual hubiere cogido, al punto hace dueño a este".*

D.41.1.10.5 Gayo. *"A veces basta para transferir una cosa la nuda voluntad del dueño aún sin entrega; por ejemplo si yo te hubiere vendido la cosa que te di en comodato o en arrendamiento o que deposité en tu poder; porque aunque yo no te la hubiere entregado por virtud de esta causa, sin embargo por lo mismo que consiento que este en tu poder por causa de compra, la hago tuya".*

#### **1.4. Conclusión del primer capítulo.**

Luego de discurrir por diversos caminos , algunos oscuros y otros escabrosos llegamos a encontrar el "arca pérdida" del Derecho Romano , la afirmación de que en tal contexto histórico se desarrollaron transferencias de propiedad por el sólo consenso sin necesidad de la traditio que significó una asunción postiza en la realidad romana. Tendremos detractores ,habremos capáz firmado una carta de enemistad

académica con algunos expositores de los Dogmas del Derecho, pero nuestro espíritu aventurero es mucho más fuerte y no se agotará mientras existan caminos por descubrir y "tumbas y tesoros jurídicos que develar". Es así que en los próximos capítulos analizaremos la verdad oculta de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria tal cual hemos efectuado nuestro estudio en el presente capítulo, pero para efectuar un mejor análisis debemos realizar un estudio preliminar de **las normas de nuestro Código Civil desde un punto de vista exegético, de jurisprudencia de conceptos y sincrético.**

## ***CAPÍTULO SEGUNDO***

### ***LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE A LO LARGO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y OTRAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: ANÁLISIS EXEGÉTICO, DE JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS Y SINCRÉTICO DE LA ENAJENACIÓN.***

En primer lugar debemos establecer con precisión cuál es el alcance del concepto de enajenación en nuestro sistema legal, para ello efectuaremos un primer acercamiento a las normas jurídicas que reconocen en su construcción jurídica la referencia expresa al concepto

objeto de estudio, de esa manera a partir de un estudio exegético intentaremos postular un concepto normativo al término enajenación.

## 2.1 Análisis exegético de la enajenación.

Los artículos que recogen en el Código Civil el término enajenación son los siguientes:

*"artículo 882 del código Civil.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita".*

La presente norma que se encuentra dentro del libro de Reales de nuestro Código Civil establece que no se puede limitar la libre enajenación de los bienes a efectos de generar una mayor circulación de los mismos y con ello lograr un estado de bienestar en el que se pueda dar a los bienes el uso más eficiente (mayor utilidad).

El término enajenación en este contexto alude a la disposición del

bien, es decir, al traslado material de un determinado bien de la esfera jurídica de libre disposición de un sujeto al de otro. Este traslado del bien implica así mismo el cambio de titularidad de éste en tanto el sujeto originalmente propietario (enajenante) es sustituido por el sujeto adquirente.

***"artículo 949 del Código Civil.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".***

En el presente artículo estamos aludiendo a la enajenación voluntaria que es aquella que tiene como fuente a la voluntad de los sujetos . Este artículo se vincula a la transferencia de propiedad de un bien inmueble el que de acuerdo a los ponentes del Código Civil reconoce una teoría del título y el modo (la que criticamos en tanto reconocemos un sistema consensual) (1) en virtud del cual el sólo

---

1 De acuerdo a Manuel De la Puente y Lavalle: "la constitución de propiedad que se opera en virtud de la aplicación del artículo 949 del Código Civil, desde que no puede tener efecto por sí sola, ya que requiere la previa creación, por acto distinto, de la obligación de transferir la propiedad del bien inmueble determinado, constituye, en realidad, la causa próxima de la transferencia, o sea el modo legal de adquirir, siendo el contrato de transferencia la causa remota de ésta, o sea el Título de adquisición". Ver: Revista Ius et Veritas. N°9 (noviembre de 1994).pag. 9-16. Así mismo señala "Por estas razones considero que el sistema peruano de transmisión convencional de la propiedad de todos los bienes determinados, sean muebles o inmuebles, es la



contrato genera una obligación de enajenar (trasladar la titularidad del bien de un sujeto a otro) que en virtud del imperio de la Ley implica la adquisición de la propiedad. Podemos reconocer que la enajenación en este sentido se refiere al concepto antes señalado de traslado del bien de la esfera jurídica de libre disposición (patrimonio) de un sujeto al de otro.

(2)

***"artículo 1708 del Código Civil.- En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:***

***1. Si el arrendador estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el***

---

teoría del título y el modo, que requiere la indispensable conjunción de un acuerdo de voluntades orientado a transferir la propiedad y de un medio que permita lograrlo... En el caso de los bienes inmuebles determinados, el título está también constituido por el respectivo contrato de transferencia y el modo por la aplicación del artículo 949 del mismo Código. Ver: op.cit.

2 Consideramos desde una perspectiva general, dado que profundizaremos nuestra opinión en el tercer capítulo de nuestra Tesis, que no podemos afirmar la existencia de un sistema del título y el modo en el Código Civil Peruano para la transferencia de propiedad inmueble, en la medida que la llamada "obligación de enajenar" resulta ficticia, dado que carece de un elemento esencial: "la prestación", la que constituye el comportamiento a ser desplegado por el sujeto deudor en vías de lograr la satisfacción del interés del acreedor. Tal como podemos apreciar la prestación debe consistir en una conducta efectiva, la que no encontramos en el artículo 949 del Código Civil dado que "el acto de enajenar" por sí mismo constituye el efecto traslativo, no aceptando la existencia de "un modo abstracto", dado que ello resulta complejo y poco práctico en una realidad tan diversa como la nuestra. Así mismo siguiendo a Forno (ver nota 17) el contrato no debe restringirse a la creación de obligaciones, dado que, al reconocerse como un "instrumento de cooperación humana y manifestación de la autonomía privada", produce diversas "situaciones jurídicas", siendo una de éstas el "derecho subjetivo de propiedad", que de acuerdo a Forno, posición con la que en este aspecto discrepamos, refiere a una situación jurídica subjetiva de ventaja "autosuficiente".

*contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador.*

*2. Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido.*

*Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación.*

*3. Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe".*

El presente artículo se refiere nuevamente a la transferencia de propiedad de un sujeto a otro en tanto se refiere al cambio de titularidad del sujeto arrendador y las consecuencias que ésta trae para con el arrendatario. Tal como tenemos entendido el contrato de arrendamiento tiene vocación de temporalidad e implica la cesión del uso de un bien de un arrendador a un arrendatario. El término enajenación en este contexto implica un cambio en la esfera jurídica del arrendador en donde éste podría haber cedido su derecho de uso o administración del bien (suficiente para la posibilidad de dar en arrendamiento un bien) o su derecho de propiedad. Consideramos a partir de una interpretación

sistemática que la enajenación se refiere al cambio de titularidad del bien ,siendo esta posición la de propietario teniendo por consecuencia la finalización del contrato o su continuación en la medida que se halla utilizado un mecanismo adecuado de oponibilidad. (3)

El mecanismo utilizado para hacer oponible el derecho adquirido es el Registro, que es considerado como una herramienta eficaz para poner en conocimiento de los terceros la calidad de propietario de un sujeto a efectos de ejercitar el derecho de exclusión (4). De no haberse

---

3 Biggio Chrem respecto al tema nos señala: "De todo lo expuesto puede concluirse, pues, que el derecho del arrendatario, aunque él posea el bien y, por tanto, se encuentre en contacto directo con el mismo, no tiene oponibilidad absoluta frente a terceros. Debe notarse que la excepción a la regla general, está contenida en el inciso 1 del artículo 1708 del Código Civil que regula el caso de un arrendamiento inscrito, supuesto en que el adquirente deberá respetar el contrato, siendo indiferente para ello que el arrendatario se encuentre en posesión del bien". Ver: Jack Biggio Chrem. Themis N°30. pag. 203. Del mismo modo revisar: Díez Picazo, Luis. Sistema de Derecho Civil. El arrendamiento de cosas. Pag. 422. Además: León Barandiarán, José. "Los contratos en el Derecho Civil". pag.395. En: Materiales de enseñanza del curso de Contratos Típicos. Recopilación del Dr. Jorge Beltrán Pacheco. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2000. pag.715. Así mismo: Arias Schreiber, Max. "Exégesis: Contratos nominados". Pag. 421. En: Materiales de enseñanza del Curso de Contratos Típicos...op.cit.

4 "...la constitución y transmisión de los derechos reales,..., se efectuaba únicamente por la voluntad de los otorgantes. Esta clandestinidad exponía a los que no habían sido parte en el acto o contrato y que, por lo tanto, no tenían conocimiento de él, a tratar con persona que, contra toda apariencia y presunción, resultase haber perdido ya el derecho objeto del contrato. El temor de adquirir mal y la inseguridad sobre lo adquirido dificultaban la libre circulación de los bienes". En: Edmundo Ubilluz. El tercero del registro de la propiedad inmueble. Lima. 1944. Compañía de impresiones y publicidad. Azángaro. Así mismo sobre la eficiencia del Registro Bullard Gonzales nos indica: "el sistema ideal de propiedad es aquél que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible". Vsr: Bullard Gonzales, Alfredo. "Un mundo sin propiedad (análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble) en: Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N°45. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima,

registrado el contrato de arrendamiento la defensa sería limitada y la tutela del ordenamiento jurídico recaería de forma más eficiente en el adquirente del bien en virtud de la enajenación. Tal como podemos apreciar la enajenación se entiende en este contexto como el traslado de titularidades de propiedad.

***"artículo 1709 del Código Civil.- Cuando concluya el arrendamiento por enajenación del bien arrendado, el arrendador queda obligado al pago de los daños y perjuicios al arrendatario".***

El presente artículo debe entenderse de forma sistemática con el artículo anteriormente comentado en tanto debemos referirnos a las consecuencias que conlleva la pérdida del derecho de uso (y disfrute) del arrendatario por la enajenación del bien arrendado. En el presente contexto la enajenación alude al cambio de titularidad de propiedad, o en otros términos la sustitución de la situación jurídica de propietario. Lo que debemos precisar es que no debemos confundir enajenación con "venta del bien", dado que la titularidad del derecho de propiedad puede ser trasladada mediante otros tipos de hechos jurídicos, considerando esta

---

diciembre de 1991.p. 138. Sobre este aspecto realizaremos un análisis profundo en el

norma, a nuestro criterio, sólo a los traslados voluntarios.

*"artículo 1749 del Código Civil.- Si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que haya hecho uso de la acción reivindicatoria".*

Al igual que el artículo antes comentado en el presente caso se está aludiendo al supuesto en virtud del cual los herederos del sujeto comodatario (quien recibe el bien para ser usado por un tiempo determinado) disponen del bien, entendiéndose ello como el "traslado de la titularidad del derecho de propiedad de un sujeto a otro". En el presente caso se considera que al haberse afectado al comodante este podrá solicitar: i) el pago de un valor o ii) que el sujeto comodatario ceda los derechos que le corresponda por la realización de una enajenación sin legitimidad.

*"artículo 1843 del Código Civil.- El heredero del depositario que*

---

capítulo tercero de nuestra Tesis.

*enajena el bien ignorando que estaba en depósito, sólo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso que el valor no le hubiese sido entregado.*

*En caso que el heredero conozca que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.*

*artículo 1861 del Código Civil.- En caso de inminente peligro de pérdida o grave deterioro del bien, el depositario puede enajenarlo con autorización del juez y conocimiento de los depositantes".*

En ambos casos se alude a la enajenación efectuada por el depositario, refiriéndose la primera a un traslado del bien de la esfera jurídica de la situación jurídica depositaria (quien tiene el deber de custodiar el bien entregado en depósito), en cabeza de sus herederos, a la de un tercero. Debiéndose en estos casos restituirse los valores al sujeto depositante por efectos de la violación de los deberes de conservación, custodia y restitución; y en caso de no haber recibido valor alguno deberá ceder su posición como enajenante frente al adquirente.

En el segundo de los supuestos se da una situación de aparente "estado de necesidad" en virtud del cual se procede a trasladar la titularidad del bien depositado, en tanto exista un grave peligro sobre la integridad del bien (en la medida que puede presentarse un supuesto de pérdida o deterioro) y se ponga en conocimiento a los depositantes, siempre que medie una autorización judicial. En el presente caso lo que se persigue es mantener el valor del bien depositado, en tanto al no poder ser restituido, deberá entregarse el valor que corresponda a la enajenación del bien, aunque consideramos también que el presente caso busca preservar la existencia del bien pero en manos de una tercera persona, el adquirente, pudiéndose convenir una retroventa (aunque ello sólo resulta ser una hipótesis).

Del análisis literal y sistemático de los artículos antes descritos podemos concluir que la enajenación se entiende como el acto en virtud del cual se traslada la titularidad (del derecho de propiedad) de un bien de un sujeto a otro, generándose así mismo el paso del derecho real sobre el bien de la esfera jurídica de libre disposición del sujeto enajenante al del sujeto adquirente. Dicha enajenación desde nuestro punto de vista debe ser voluntario en tanto que el traslado legal de la titularidad representaría una

suerte de intromisión en el patrimonio de los sujetos que se relacionaría con la expropiación o la cesión mortis causa (en la medida que no exista voluntad expresada). Así mismo podemos apreciar que los artículos en estudio aluden en algunos casos a la existencia de un valor como contraprestación a la enajenación, así por ejemplo los artículos 1749 y 1843 refieren a la "restitución de lo recibido o el pago del valor del bien", consideramos que en estos casos el término enajenación puede estar sirviendo como sustituto de una "compraventa" del bien (5) aunque podríamos considerar que tales normas sólo se refieren a valor recibido en tanto éste haya existido.

Una vez determinado el contenido del concepto "enajenación" debemos detenernos a efectuar un análisis sistemático de conceptos y principios a efecto de ordenarlos.

---

5 Entendemos que en el presente caso se está asimilando la figura a la compraventa en la medida que ésta se entiende como aquel contrato en virtud del cual un sujeto denominado "vendedor" se obliga a transferir la propiedad de un determinado bien en favor de otro denominado "comprador" en virtud de un precio, en dinero. Tal como podemos observar en el presente caso, regulado en el artículo 1529 del Código Civil la transferencia de propiedad se efectúa por existir una contraprestación dineraria lo que nos lleva a afirmar la equiparación de la enajenación "onerosa" con el concepto planteado, aunque es apropiado reconocer que también existen actos traslativos que contienen una contraprestación como el caso de la permuta.



## 2.2 Análisis de jurisprudencia de conceptos de la enajenación:

Principios:

*"Toda enajenación debe efectuarse de acuerdo a las reglas de la buena fe"*

La buena fe es un principio que implica el actuar de acuerdo a un patrón promedio de comportamiento (6) el cual debe estar señalado en las normas jurídicas o mediante criterios jurisprudenciales. Dicho principio orienta todo traslado de titularidad (del derecho de propiedad) a efectos de que no se generen situaciones contrarias a lo dispuesto en las normas jurídicas y que afecten la convivencia pacífica, es así que no se pueden

---

6 Somos creyentes como Ferreira Rubio en la unidad del concepto de Buena Fe en la medida que ésta reúne en una misma construcción sus dos manifestaciones: la creencia (conocida por algunos como la Buena Fe subjetiva) y la conducta (Buena Fe Objetiva), dado que no podemos reconocer, por ejemplo, que un sujeto actúe según un patrón o regla de comportamiento con la "creencia" de la ilegitimidad de su derecho, es así, que consideramos que la "buena fe creencia" no puede desligarse (por ser consustancial) al comportamiento externo del sujeto acorde a un modelo social de conducta (buena fe objetiva, para algunos). Ver: Ferreira Rubio, Delia Matilde. La Buena Fe. El principio general en el Derecho Civil. Así mismo sobre la polémica: G. Leví, Sul concetto di buona fede, Génova, 1912; R.Sacco, la buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato, Giappichelli, Torino, 1949.pag.5; E.Betti, Teoria Generale della obbligazione, Milan, 1953. t.I; otros.

establecer limitaciones a la libre enajenación, y así mismo, ésta no puede implicar un traslado ineficiente.

***."Toda enajenación busca reasignar los bienes de forma eficiente"***

La reasignación implica restituir los bienes entre los sujetos a efecto de buscar el uso más eficiente del bien (7) y así evitar situaciones de desperdicio que impliquen una afectación al estado de bienestar que busca lograr el ordenamiento jurídico. La eficiencia se logrará en tanto se le otorgue la titularidad del bien a quien valore mejor el mismo (8).

***."Las enajenaciones deben ser adecuadas a la ley, al orden público y a***

---

7 Consideramos que para dar un uso más valioso a los bienes debemos centrar nuestra atención en el sujeto que realmente se encuentra explotándolo, es decir, haciendo un uso efectivo, lo que no corresponde necesariamente al sujeto que tiene el "registro" en su favor. Es así, que criticamos la posición que intente equiparar al titular del "uso más valioso" con aquel que por "seguridad jurídica estática" logro registrar su adquisición a efectos de hacerla oponible. Por ejemplo, observamos que en las normas de Derecho Marcario, el sujeto titular de una marca, en virtud del Registro, pierde su titularidad al no usar el bien en un periodo de tiempo (vía la cancelación de la marca); bajo tales criterios reconocemos que el Registro de Propiedad Inmueble "no puede constituir derechos inatacables" en la medida que podría 'desincentivar la explotación de los bienes generando situaciones de desperdicio", es por tal razón que nos mostramos disconformes con la eliminación de la prescripción adquisitiva de dominio sobre bienes registrados (cuando estos no esten siendo usados por el titular), dado que ello constituye, a nuestro entender, una sobreprotección al titular del registro que conlleva, paradójicamente a lo que se piensa, un estímulo a la no producción y un mal para la libre circulación de los bienes que impide la generación de riqueza.

8 Ver: Bullard Gonzáles, Alfredo. "Estudios de Análisis Económico del Derecho". Así mismo: "Alquiler de vientre:El presente artículo puede herir susceptibilidades...".En:

*las buenas costumbres".*

El respeto a la licitud es fundamental en nuestro sistema, es así que, es posible declarar inválida una enajenación cuando ésta sea contraria a lo dispuesto por el Título preliminar del Código Civil en lo que concierne a la nulidad de los actos que afecten normas que interesen al orden público y a las buenas costumbres (nulidad virtual) (9). El orden público en este contexto va a entenderse como "el conjunto de lineamientos de convivencia pacífica" y las buenas costumbres como "el conjunto de valores que un grupo cultural reconoce como válidos en un espacio y tiempo determinados".

Los presentes principios, de acuerdo a la metodología de la escuela de la jurisprudencia de conceptos, se plazan en concepciones diversas las que determinarán la aplicación

---

Ius et veritas.

9 Las "nulidades virtuales", según lo señala Lohmann, son "aquellas que se inducen de los principios generales de la nulidad y de las causales previstas para dar origen a la sanción. Pero estas nulidades virtuales también tienen su asidero legal, porque reposan en el principio recogido en la misma ley de que no se puede pactar contra normas imperativas o que interesan al orden público o a las buenas costumbres...". Ver: Lohmann Luca de Tena, Guillermo. El Negocio Jurídico. Editora Jurídica Grijley Eirl. 1984. Así mismo: Cornejo, Angel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario. Lima, 1937; y León Barandiarán, Jose. Comentarios al Código Civil peruano. Buenos Aires, 1954.

de las diversas instituciones jurídicas (10).

---

10 Conceptos que se pueden desprender del análisis efectuado de los principios, dentro de la jurisprudencia de conceptos de la enajenación:

- **Acto de enajenación: 1.** se refiere al acto jurídico en virtud del cual un sujeto traslada la titularidad del derecho de propiedad que le asiste respecto de un bien a un favor de otro sujeto ya sea por interés patrimonial como no patrimonial. 2. Acto en virtud del cual un sujeto denominado enajenante, el que puede ser una persona natural o una persona jurídica o una cooperativa, traslada el derecho de propiedad de su esfera patrimonial a la del adquirente, no necesariamente de forma perpetua, en tanto no cumpla con ciertas condiciones establecidas en la enajenación.
- **Enajenante:** Se refiere al sujeto que realiza el acto de enajenación y que debe tener capacidad jurídica, en virtud del artículo 140 del Código Civil y legitimidad, tal como se puede apreciar a los actos de enajenación de bienes ajenos. Toda persona natural, jurídica o entidad que tiene la titularidad sobre un determinado bien y que realiza el acto de enajenación.
- **Adquirente:** es el sujeto que recibe la titularidad del bien y que para mejor proteger su adquisición debe registrarla en tanto el bien se encuentre recogido en un asiento registral. En algunas situaciones, como en el caso de las cooperativas, tiene la calidad de asociado.
- **Propiedad:** es el derecho real que se define como el poder jurídico para usar, disfrutar, disponer y reivindicar un determinado bien. Existe actualmente una posición creciente que considera al derecho real de propiedad como un derecho subjetivo en tanto reúne situaciones jurídicas de ventaja diversas como son poderes y facultades, siendo ejemplos de ello el poder de disposición y la facultad de uso.
- **Bien:** es todo aquello que permite la satisfacción de una necesidad y que en tanto sea mueble o inmueble, así como un derecho es susceptible de enajenación.
- **Oponibilidad:** es el resultado logrado mediante el uso de una de las diversas formas reconocidas por el derecho para hacer de conocimiento general la propiedad que uno a adquirido en virtud de un determinado acto y que implica la manifestación del carácter excluyente del derecho real.
- **Cooperativa:** entidad que es el resultado de la agrupación de un grupo de poseedores informales de terrenos del Estado, la que debe registrarse en la Municipalidad correspondiente con el objeto de obtener la autorización para ejecutar el plan de adjudicación de lotes.
- **Formalización:** Proceso mediante el cual se le confiere a la enajenación un carácter excluyente frente a terceros, pudiendo realizarse mediante el acto de inscripción de la enajenación en el registro público correspondiente, en el ente administrativo competente o en la Municipalidad del sector.
- **Casco:** refierase a la edificación realizada sobre un terreno que puede ser de propiedad del titular del casco o ajeno a él, procediéndose en este último caso al procedimiento de adjudicación del terreno.
- **Notables del pueblo:** se refiere a aquellos vecinos que revisten cierto grado de autoridad para servir como testigos de la enajenación y cuya intervención le da al acto carácter público y oponible.

Los presentes conceptos se aplican en diversas normas del ordenamiento jurídico así

### **2.3 Análisis sincrético de la enajenación (problemas de aplicación conceptual):**

Los conceptos, que resultan del análisis efectuado en el punto anterior, se aplican en diversas normas del ordenamiento jurídico así tenemos que en normas tributarias se gravan con el impuesto general a las ventas, las "enajenaciones". las cuales pueden ser ventas o donaciones (no coordinando ello con el nombre del impuesto en tanto la naturaleza jurídica de la venta es diversa a la de la donación). Asimismo tenemos recogido el tema de "enajenaciones" en la norma de Reestructuración patrimonial en tanto se alude a las disposiciones de los créditos por parte del deudor frente a terceros, las cuales quedan nulas en tanto se halla declarado la insolvencia.

En el caso de la enajenación nosotros podemos observar en la

---

tenemos que en normas tributarias se gravan con el impuesto general a las ventas las enajenaciones las cuales pueden ser ventas o donaciones (no coordinando ello con el nombre del impuesto en tanto la naturaleza jurídica de la venta es diversa a la de la donación). Así mismo tenemos recogido el tema de enajenaciones en la norma de Reestructuración Patrimonial en tanto se alude a la disposición de los créditos por parte del deudor rente a terceros los cuales queda nula en tanto se halla declarado la

práctica una serie de usos que generan diversos retos para los legisladores y aplicadores del Derecho. Es así que rompiendo con la pared que nos separa con la realidad, como lo sostiene Carnelutti, resulta imperante hacer referencia a dichos problemas:

a) En primer lugar tenemos aquel que se refiere a la transferencia de bienes inmuebles. Respecto al presente tema existe gran polémica, en tanto se considera que la transferencia de propiedad opera con el consenso mientras que en las normas del ordenamiento jurídico algunos consideran que se alude a la existencia de un título y un modo (el acto jurídico y el acto de registrar el bien) (11), más aún existe la idea de la necesidad de registrar la adquisición a efectos de generar un derecho oponible a los terceros (12), momento a partir del cual recién existe un derecho real de propiedad. Consideramos a partir de una observación de la realidad y de un análisis un tanto más pormenorizado de la norma que

---

insolvencia.

11 Ver: nota 2. Cardenas Quirós sostiene por su parte que la "obligación de enajenar" es el modo que recibe, por imperio legal, la posibilidad de transferir la propiedad, lo que implica reconocer una teoría de causa doble de yuxtaposición del título y el modo.

12 Ver nota 4. Consideramos que si bien el registro resulta ser una herramienta eficiente para lograr la oponibilidad del derecho real éste enfrenta muchos problemas en nuestra realidad lo que le quita la posibilidad de servir como "instrumento" de maximización de la circulación de los bienes. Es así que en el siguiente capítulo demostraremos que existen diversos costos que impiden adecuar al registro como uno de carácter constitutivo, como lo intenta constituir la actual Comisión de Reforma del Código Civil.

la adquisición de propiedad y por ende la enajenación opera por el sólo consenso, como veremos en el siguiente capítulo.

b) Otro aspecto a rescatar de la realidad es relacionado a los pueblos jóvenes, que ha generado lo que se conoce como propiedad informal, en tanto no se ha acudido al registro. Tal como lo hemos señalado el poblador peruano no es un sujeto apegado a los formalismos y es por ello que las transferencias son realizadas, en algunos lugares, por medio de notables del pueblo (tal como ocurre en las comunidades campesinas) y mediante un registro precario formado por la asociación de vivienda conjuntamente con la Municipalidad del sector.

c) Un tema adicional es lo que concierne a la adjudicación . Tal como lo hemos enunciado anteriormente los sujetos que migraron a Lima, especialmente, al carecer de recursos para adquirir sus tierras optaron por ocupar aquellas que les correspondían al Estado, generando titularidades sobre predios ajenos. Es así que se habla de propietarios de cascos o edificaciones y poseedores ilegítimos de terrenos. Es en base a dicha calidad que operan las transferencias de propiedad y es por ello que el sanamiento de dicha situación ocurre con la adjudicación (que

resultaría la entrega de la titularidad del terreno), la pregunta que nos realizamos es si tal adjudicación se adecua al término enajenación, así como también consideramos cuestionarnos respecto a las transferencias que realizan los sujetos "propietarios de los cascos" respecto a sus bienes frente a terceros, así nos preguntamos ¿qué se enajena?. Dicha pregunta resulta difícil de contestar en una realidad tan diversa como la nuestra donde todo dogmatismo queda inoperante, por ende, a forma de conclusión, consideraremos que existe una mixtura entre una enajenación del casco (que resulta de propiedad exclusiva del enajenante) y una cesión de posesión del terreno (hasta el momento que exista una adjudicación), debiendo profundizarse la presente respuesta en futuros trabajos, dado que no es el objeto del presente trabajo de tesis.

d) Otro tema que resulta polémico en la realidad a raíz del desarrollo de áreas del Derecho anteriormente inexploradas es el concerniente a la enajenación respecto a bienes inmateriales, es así que las reglas establecidas en torno a la enajenación de bienes resultan insuficientes en tanto se refieren de forma especial a los bienes muebles e inmuebles, no considerando a los denominados bienes inmateriales o incorpóreos, los que no ingresan en la clasificación clásica, es así que se



alude a un sistema registral de transferencia en el caso de marcas, no de derechos de autor, lo que implica una idea de enajenación diversa en tanto opera un traslado indirecto de la titularidad a partir de un acto formal.

e) Otro problema en la realidad, pero que sí está previsto en la normatividad es el concerniente a la pluralidad de enajenaciones sobre un mismo bien que realiza el propietario (13). En el presente caso se pone en discusión la legitimidad activa del enajenante y la legitimidad pasiva de los adquirentes existentes luego de la primera enajenación. Ante tal circunstancia se ha considerado postular un orden de prioridad para efectos de la adquisición y de la satisfacción del crédito preferente.

f) En la formalización de la enajenación podemos observar que en la realidad existe la intervención de diversos entes que dan fe de la

---

13 De acuerdo al artículo 1135 del Código Civil de 1984 de existir un concurso de acreedores debemos privilegiar a quien registro la adquisición, en segundo lugar (en defecto del registro) aquel que tiene el título de fecha cierta más antigua y en último momento, aquél que tiene el título más antiguo. Tal como se aprecia existe una intromisión en la voluntad de los sujetos y una excepción a lo dispuesto en el artículo 949 del Código Civil. Mediante este artículo se puede constituir propietario a quien no lo era originalmente y que por razones de "mayor diligencia" registro su adquisición (cuando esta es facultativa en el Perú). Tal como lo hemos indicado anteriormente NO NECESARIAMENTE QUIEN TIENE EL REGISTRO ES QUIEN SE ENCUENTRA USANDO EL BIEN, DÁNDOLE EL USO MAS EFICIENTE, así mismo esto nos lleva a estimular, por la carga costosa de la prueba de la mala fe de quien registra primero, situaciones de

adquisición, los cuales no corresponden necesariamente a aquellos reconocidos por el ordenamiento jurídico como órganos competentes para la formalización como son la Oficina Registral (de Lima y Callao, por ejemplo), la COFOPRI, entre otros. Observamos en la realidad que intervienen en la formalización de enajenaciones terceras personas que revisten confianza o cierta autoridad como son los notables del pueblo o los jefes de una comunidad determinada. Dichos sujetos procuran garantizar la publicidad de la adquisición para una mejor protección del adquirente.

g) Otro problema práctico recae en los efectos de la enajenación. Según se sostiene en la Doctrina y legislación general la enajenación produce la transferencia de la propiedad al adquirente sin restricción alguna, salvo la legal, siendo esta adquisición de carácter perpetuo. En la realidad observamos la existencia de cooperativas que persiguen solucionar el problema de vivienda permitiendo la mayor satisfacción de los sujetos, los cuales se convierten en socios de la misma debiendo cumplir con ciertas pautas de comportamiento por un espacio de tiempo, las que al ser violadas generan la reversión (es decir que el bien retorna a la colusión en los que pueden beneficiarse aquellos que se encuentran en una mejor

cooperativa para ser entregado a otro socio). Tal como podemos observar se verifica una enajenación no perpetua y restringida.

#### ***2.4 Análisis de la propuesta del Código Civil en lo que concierne al término "enajenación".***

Resulta de suma importancia en el presente trabajo también efectuar una apreciación crítica de las propuestas de reforma del Código Civil peruano, a efectos de lograr un análisis integral y actual del fenómeno objeto de estudio.

De acuerdo a los trabajos efectuados en la Comisión de Reforma del Código Civil peruano se han considerado las presentes propuestas de modificación vinculadas de forma directa al concepto "enajenación":

**"artículo 882.- Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo**

---

posición económica.

**máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al límite indicado".**

El presente artículo que fue aprobado con el voto singular en contra del Dr. Max Arias Schreiber Pezet, considera modificar la actual prohibición de establecer límites a la libre enajenación. Consideramos apropiado, bajo la tesis del respeto a la autonomía privada (14), que se pueda establecer la posibilidad de actuación de los sujetos en la imposición de límites a la libre enajenación en tanto ellos se encuentran en la mejor posición para regular sus intereses mejorándose así la posibilidad de tutela de los créditos y el incentivo a la contratación. En lo que se refiere a la tutela de los créditos consideramos oportuno indicar que el sujeto vendedor, por ejemplo, podría imponer una limitación a la libre enajenación del bien adquirido por el comprador, hasta que se efectue el pago del íntegro del precio, evitándose así un perjuicio a su

---

14 "La autonomía privada; el poder delegado a los privados para dictar para sí mismos sus reglas jurídicas. A ello se debe que sea tan común, que los autores describan el fenómeno de la autonomía privada señalando que se trata de un poder de autorregulación de intereses privados". Forno Flores, Hugo. Acerca de la Noción de contrato. En: El Código Civil y el Código de Comercio: proceso de reforma legislativa. Revista Themis. P.U.C.P. Ver también: Bianca, Massimo. Autonomía Privada y Libertad Negocial. Diritto Civile. Milano: Dott, A. Giuffré, 1984; Mirabelli, Giuseppe, Autonomía, autonomía privada y autonomía contractual. En: Commentario del Codice Civile. Torino: Unione Tipográfico-Euditrice, Torinese, 1980; Sconamiglio, Renato. Concepto de Autonomía Privada. En: Comentario al Codice Civile. Bologna: Nicola Zanichelli, 1970.

interés y la necesidad de acudir al pacto ineficiente de la reserva de propiedad.

**"artículo 884.- La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo lo dispuesto en el artículo 900.**

**Tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición".**

En el presente artículo propuesto por la Comisión tenemos la introducción de un sistema registral constitutivo no convalidante, el cual servirá de modo para el traslado del derecho real de propiedad. Consideramos necesario efectuar un comentario respecto al mismo en tanto afecta la enajenación, tal como la habíamos analizado hasta este punto, en la medida que se requerirá para proceder a la adquisición del derecho real de propiedad de un acto adicional a la voluntad de las partes: el acto administrativo de inscripción registral.

Consideramos, de forma preliminar (dado que se profundizará en el siguiente capítulo) que el Perú en estos tiempos no se encuentra preparado para afrontar un sistema registral constitutivo en tanto no se presentan las condiciones apropiadas para ello.

Finalmente tenemos otra propuesta que afecta indirectamente al concepto "enajenación":

**"artículo 140a.- Para la validez del acto jurídico se requiere:**

- 1. Que el sujeto tenga plena capacidad de ejercicio, salvo los casos de excepción previstos en la ley, y esté legitimado para celebrarlo..."**

Tal como se puede apreciar en la presente propuesta se establece como condición de validez que el sujeto actúe con legitimidad. En nuestro sistema jurídico actual existen casos en los que un sujeto puede enajenar bienes que no le corresponden en tanto no es propietario de los mismos, careciendo por ende de legitimidad. Es el caso de la compraventa de bien ajeno en la que el sujeto vendedor a pesar de no ser

propietario del bien, objeto de la venta, puede generar una legítima expectativa (basado en la buena fe del adquirente y en el estímulo a la circulación de la riqueza) a partir de un acto que no resulta nulo, en tanto no se exige como requisito de eficacia estructural a la legitimidad (15) (16). Ante tal propuesta legislativa observaremos que la enajenación en un futuro, deberá ser efectuada sólo por aquel sujeto que resulte propietario del bien no pudiéndose efectuar enajenaciones a non domino.

---

15 Gastón Fernández Cruz nos señala: "Nosotros creemos que la función esencial de todo sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria es la de maximizar la circulación de la riqueza. Es más, la publicidad resulta necesaria, en tanto y por cuanto es indispensable para todo sistema traslativo de propiedad amparar la buena fe como sustento de la "seguridad dinámica" del Derecho, para favorecer, precisamente, la circulación de la riqueza. Oportunamente explicamos en un trabajo nuestro anterior que ya Demogue había sustentado-y creemos, demostrado- que la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario radicaba en la protección de la buena fe de los adquirentes, pues estos representan el "dinamismo" del comercio jurídico: el Derecho es más seguro, cuando la "gran masa colectiva" que clama por ver protegido su derecho de adquisición, tiene la certeza de estar adquiriendo bien, aún cuando se trate de un no propietario real, sino aparente. De lo contrario, como siempre existiría un gran margen de duda sobre la autenticidad del derecho adquirido, los eventuales adquirentes, al considerar demasiado elevado el riesgo de pérdida de su inversión, dejarían de ser adquirentes, paralizando el tráfico jurídico inmobiliario. Por ello, el Derecho moderno ha abandonado principios jurídicos absolutistas y estáticos como el del "nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet" (nadie puede transmitir más derecho del que posee), reemplazándolo por el de "protección al tercero adquirente de buena fe". Ver: Fernández Cruz, Gastón. "La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú". En: Revista Themis -segunda época- N°30. pags. 151-152.

16 De acuerdo a Freddy Escobar Rosas, citando a Renato Scognamiglio: "Se entiende por legitimación al presupuesto subjetivo-objetivo consistente en la aptitud de la parte para obtener o recibir los efectos jurídicos del negocio creado. En: Scognamiglio, Renato. "Teoría General del Contrato". Traducción de Fernando Hiestrosa. Universidad Externado de Colombia, 1991. Pags.39 y siguientes. Escobar nos indica además: "Nuestro Código civil no reconoce a la legitimación como requisito de validez del acto jurídico, pues el inciso primero de su artículo 140 se refiere solamente a la capacidad de obrar, que es tan solo la aptitud que se requiere para poder celebrar válidamente un negocio jurídico". En: Escobar Rosas, Freddy. Reflexiones en torno a la llamada venta de bien ajeno. En: Themis-revista de Derecho- N°29. En la actualidad se viene discutiendo en la Comisión de Reforma del Código Civil la posibilidad de

Consideramos así mismo fundamental hacer alusión a un artículo propuesto por la Comisión de reforma del Código Civil en lo que concierne a "Fuentes de las obligaciones: Contratos: Parte General" que si bien no establece expresamente el término "enajenación" afecta de forma esencial lo que es objeto de estudio en la presente Tesis:

**"artículo 1351 .- El contrato es un acto jurídico plurilateral, referente a una relación jurídica obligacional entre las partes de carácter patrimonial"**

La presente propuesta afectaría en definitiva nuestro tema objeto de análisis dado que, como veremos, en la actualidad, la norma no restringe al contrato a producir "consecuencias obligatorias" dado que sólo alude a "relaciones jurídicas patrimoniales", lo que resulta abierto para incorporar diversas "situaciones jurídicas subjetivas" (17) que no

---

reconocer la legitimidad como requisito de validez del acto jurídico.

17 Creemos como Hugo Forno que el adoptar un concepto de contrato como el propuesto por la Comisión de Reforma implicaría recortar el ámbito de actuación del contrato en la producción de relaciones jurídicas diversas a la "relación obligatoria" en la medida que podemos observar diversas relaciones jurídicas que unen situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja que no se adecúan al tradicional binomio "deber jurídico-derecho subjetivo" como es, por ejemplo, la vinculación "derecho potestativo-estado de sujeción", propio del "contrato de opción" el cual no puede reconocerse como adecuado al concepto planteado por la Comisión de Reforma. Para mayor



pueden encajar en la definición de "relación jurídica obligatoria". Es así que postularemos en el siguiente capítulo la posibilidad de aludir a un "contrato" capaz de producir consecuencias "reales" directas, entendiéndose éste como un supuesto diverso al que reconoce la lectura sistemática del artículo 1351 del actual Código y el artículo 1402 del mismo cuerpo de leyes.

Tal como podemos apreciar, el presente capítulo nos sirve de base para el siguiente, que resulta ser el primordial, en tanto establece un enfoque de la enajenación desde diversas ópticas estableciendo las bases para el estudio de la eficiencia o no de un sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria consensual en nuestro país.

---

análisis ver: Forno Flores, Hugo. "Acerca de la Noción de Contrato". Op.cit

## ***CAPÍTULO TERCERO***

### ***ANÁLISIS DOGMÁTICO Y FUNCIONAL DEL SISTEMA DE CAUSA ÚNICA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMOBILIARIA Y UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO DE LA INSTITUCIÓN***

#### ***3.1 Los sistemas de transferencia de propiedad inmobiliaria.***

Cuando aludimos a un sistema de transferencia de propiedad estamos refiriendonos a "un conjunto de principios y reglas que orientan el desarrollo de una institución, siendo ésta, en el presente caso, el traslado de la titularidad del derecho de propiedad de un sujeto a otro".(1)

Los sistemas de transferencia de propiedad tienen diversos objetivos que se pueden resumir en tres: i) el maximizar la circulación de la riqueza; ii) el otorgar seguridad jurídica y iii) el reducir las adquisiciones a non domino.(2)

---

1 En: Fernández Cruz, Mario Gastón. "La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú". Revista Themis N°30 edición de aniversario. Pag. 149-ss. Lima. Perú.

2 Op.cit. Fernández Cruz.

El primero de los objetivos persigue estimular la circulación de los bienes a fin de satisfacer el mayor número de necesidades de los sujetos, generando así riqueza que pueda ser objeto de afectación tributaria lo que implicaría beneficios económicos al fisco para derivarlo en la consecución de obras públicas. Así mismo mediante el estímulo a la circulación de los bienes se incentiva la inversión que permite una serie de beneficios colaterales como generar fuentes de trabajo y canales de producción.

En lo que se refiere al segundo de los objetivos, debemos considerar que es fin último de todo sistema de transferencia de propiedad el "ser un conjunto de reglas seguras para los agentes económicos a fin de otorgarles certeza respecto de sus adquisiciones", lo que resulta fundamental en el estímulo de toda inversión, más aún cuando los riesgos implican costos que serán valorados en el análisis de la pertinencia o no de la ejecución de un proyecto. Es así que los teóricos, que desarrollan lo concerniente a los sistemas de transferencia de propiedad, postulan que en ciertas circunstancias es necesario complementar la adquisición con un adecuado medio de protección del derecho, teniendo éste por fin otorgarle a la propiedad un carácter

exclusivo. Es así que se postula la necesaria existencia de modos publicitarios de adquisición del derecho de propiedad, los cuales deben ser precisos y de amplia difusión, siendo el más eficiente el "modo registral". (3)

---

3 Es así que Bullard establece que "el sistema ideal de propiedad es aquel que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible". Ver: Bullard Gonzales, Alfredo. "Un mundo sin propiedad" En: Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N°45. Fondo Editorial de la P.U.C.P Lima, diciembre de 1991. En tal sentido se considera al Registro como el sistema más eficiente de oponibilidad, el cual se complementa con el desarrollo de determinados principios, así debemos considerar que la exclusión que surge mediante el Registro se produce por efecto del "principio de publicidad registral" que conlleva la anotación en el folio correspondiente, es así que de acuerdo a Elena Vivar: "El Código Civil lo regula en el artículo 2012 y el R.G en el artículo 184, en ambos se hace alusión a que existe una presunción juris et de jure de que todos están enterados del contenido de las inscripciones. En consecuencia, no se admite prueba en contrario para decir que no se conocía el contenido de una inscripción, ya que siendo público el Registro, todos tienen acceso al contenido de sus asientos". De tal forma es que se considera que el Registro brinda seguridad jurídica, tal como lo sostiene Cano Tello: "Sin publicidad no hay seguridad jurídica para las transacciones, ahora bien lo más importante es que esta publicidad sea realmente valedera, es decir, que refleje el verdadero contenido de los títulos que llegan al Registro para su inscripción a fin de que los terceros estén debidamente informados del contenido de los actos y contratos inscritos". Por otro lado BULLARD GONZALES nos indica que el Registro es esencial para excluir el derecho de propiedad, debiendo para ello cumplir con tres requisitos: "a) Que la propiedad (posibilidad de excluir) esté reconocida objetivamente en el derecho positivo, de manera que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos (externalidades derivados del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible. b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva, de un titular de un derecho a otro, la posibilidad de excluir a todos. Esto significa que el derecho que se transmita sea cierto en su existencia y en su contenido...y c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quien goza de la titularidad para excluir". Desde nuestra perspectiva consideramos que la exclusión a la que se alude si bien es cierto es más eficiente con el Registro puede lograrse mediante otros mecanismos alternativos que puedan ser construidos sobre bases sociales que se adecuen a nuestra realidad. Por otro lado no es cierto del todo que el registro no afronte costos y riesgos de imperfección como acontece con la prescripción adquisitiva en la que podemos indicar que el poseedor resulta ser diverso al propietario registral, el cual finalmente es quien ejerce el derecho de forma concreta.

Respecto del tercer objetivo debemos indicar que éste alude a la protección de los intereses de los legítimos propietarios ante adquisiciones efectuadas por terceros (no propietarios) de buena fe. Tal como se establece en la Doctrina moderna de los contratos, en la actualidad reviste mayor importancia la protección de los intereses de los adquirentes por sobre la legitimidad de los enajenantes. Es así, que de actuar el sujeto enajenante (no propietario) de buena fe no se reconocerá un vicio de nulidad del acto, tal como acontece con los adquirentes de bienes muebles que actúan creyendo en la legitimidad de los enajenantes, los cuales mantendrán su adquisición. En defecto de lo expuesto la consecuencia, en todo caso, no implicará un supuesto de invalidez, tal como ocurre en los casos donde se haya dispuesto de un bien ajeno en los que sólo se reconocerá la ineficacia funcional del mismo (como ocurre en la compraventa de bien ajeno donde se sanciona al acto cuya ajenidad se desconoce con la rescisión) en tanto los terceros adquirentes actúen de mala fe. Dicha situación busca ser eliminada gradualmente, en la medida que se persigue la protección de las titularidades de los propietarios legítimos, estableciéndose, para ello, diversos mecanismos de tutela mediante medios publicitarios adecuados que persigan eliminar las adquisiciones de terceros carentes de legitimidad así como la posibilidad

de que estos invoquen una actuación de "buena fe". (4)

### 3.1.1 *Sistemas de unidad del contrato.*

Estos sistemas son aquellos que reconocen como fuente del efecto traslativo al contrato, sea de forma directa o indirecta (por la intermediación de un modo de reconocibilidad social). El contrato, entendido como acto jurídico consensual, sirve como la única base sobre la cual se respalda la existencia de una obligación y la adquisición del derecho subjetivo de propiedad. (5)

---

4 Tal como lo indicamos anteriormente, la causal que en el presente caso (de la disposición de un bien ajeno) afectaría la eficacia del acto no sería una de orden estructural que conllevaría la invalidez del acto sino sería una de carácter funcional, en la medida que la legitimidad no es un requisito de validez del acto. Ver: Escobar Rosas, Freddy. "Reflexiones en torno a la compraventa de bien ajeno". DEL mismo modo se pronuncia el Dr. Fernández Cruz quien señala que el enfoque de las transferencias en la actualidad han variado de la perspectiva del enajenante a la del adquirente y en esta medida se deja de lado el principio "nadie puede disponer más allá de su derecho" a uno en el que se tutela al "tercero de buena fe". En: Fernández Cruz, Gastón. Op.cit.

5 De acuerdo a Forno Flores al efectuarse una interpretación sistemática de los artículos 1351 y 1402 del Código Civil no podemos considerar que la "relación jurídica patrimonial solo se refiera a la obligación" en la medida que la indicación de "relación jurídica patrimonial resulta amplia". Así mismo se establece que el artículo 949 del Código Civil recoge un artificio y que por tanto se considera la existencia de un efecto real inmediato. Por ello se debe considerar que el contrato es susceptible de producir efectos jurídicos diversos a la obligación. Ver: Forno Flores, Hugo. "El contrato con efectos reales". En: Ius et veritas. P.U.C.P. De otro lado el mismo autor en el Libro "El Código Civil y el Código de Comercio: proceso de una reforma legislativa" publicado por la Revista Themis establece que el contrato no sólo debe restringir su eficacia a las relaciones jurídicas obligatorias en la medida que puede producir otras situaciones jurídicas que pueden permitir la satisfacción de los intereses de los sujetos como es el

Si bien se establece que el contrato tiene por finalidad lograr el traslado de la titularidad, se considera en la Doctrina que esta mutación jurídica puede obtenerse de forma inmediata o mediata, dependiendo de los efectos que se le reconozca a la relación jurídica contractual. Es así que se postula la existencia de subsistemas como son el que alude al contrato como causa única y aquel que establece la existencia de una doble causa.

### **3.1.1.1 Subsistema de causa única.**

Este subsistema establece que el contrato es suficiente en sí mismo para generar el efecto traslativo de propiedad, reconociendo como efecto inmediato a la denominada "situación jurídica real de propiedad". (6)

---

caso de "la situación jurídica subjetiva de desventaja estática que se produce en el contrato de opción". De tal manera, concluimos que en el sistema consensual de transferencia de propiedad se le atribuye al contrato la posibilidad de producir consecuencias jurídicas diversas a la obligación como son la creación de una "relación jurídica real".

6 De acuerdo a Fernández Cruz la denominada "relación jurídica real" no puede ser considerada como una relación jurídica en la medida que no implica una situación jurídica de cooperación, es en este sentido que reconoce la existencia de situaciones jurídicas complejas abstractas en las que se puede verificar la vinculación de un sujeto determinado con el pasivo universal (como acontece en el caso del derecho de propiedad), así mismo en estas relaciones se verifica una situación de oposición y no

Este sistema, que es reconocido en Francia (tal como veremos en puntos posteriores) y recogido en las normas del Código Civil italiano, considera que "basta el sólo consenso para que opere la adquisición del derecho real de propiedad", estableciéndose así el carácter supletorio de un mecanismo de oponibilidad social como "modo de adquisición". En el presente caso, al considerarse al contrato como fuente de la mutación jurídica real, el hecho que se declare ineficaz estructural el acto celebrado implicará la no producción del efecto traslativo. Es nuestro objetivo intentar postular razones que nos permitan afirmar la pertinencia del presente sistema en nuestro país, lo que será materia de puntos posteriores. (7)

---

de cooperación como ocurre en las relaciones jurídicas. En: "La obligación. Apuntes para una dogmática jurídica del concepto". En: Themis. / Por otro lado autores como Ugo Majello, en Italia, establecen que las denominadas "relaciones reales" sí constituyen relaciones jurídicas es así que indica: "las relaciones obligatorias se distinguen de las relaciones reales las cuales se supone se presentan cuando una relación al mismo bien concurren junto al derecho de propiedad otros derechos reales". En: Majello, Ugo. Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas./ Así también Escobar Rosas, en el Perú, reconoce que existen relaciones jurídicas abstractas, siendo éstas "aquellas que tienen por función impedir la perturbación de la satisfacción del interés presupuesto por la situación de goce". En: Escobar Rosas, Freddy. "Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva". Themis N°38. P.U.C.P. Perú. pag.30. / Desde nuestro punto discrepamos con la tesis que sostiene la existencia de una relación jurídica cuando se observa que existe una falta de cooperación, tal como se manifiesta, se busca "proteger ante una perturbación", por lo tanto se persigue "excluir", en tal sentido debemos considerar que resultaría más apropiado afirmar la existencia de "vinculaciones" (uniones materiales mas no jurídicas de cooperación) que sin ser relaciones cumplen una función "de tutela" de los intereses legítimos en los acercamientos intersubjetivos.

7 El sistema registral francés, de acuerdo a Elena Vivar, se trata de "un registro



### 3.1.1.2 Subsistema de la causa doble.

El presente subsistema no considera al contrato como medio suficiente para el logro de la adquisición del derecho de propiedad. Se establece que el contrato sirve como fuente de obligaciones y es a partir de la ejecución de la obligación y la materialización de un signo de reconocibilidad social como se realiza la mutación jurídica real. (8)

El contrato sirve, entonces, como "causa próxima" del efecto obligacional y "causa remota" del efecto real, en la medida que no se

---

personal, que brinda muy poca seguridad a los intereses que pretende amparar, pues si no conoce el nombre del propietario o titular del Derecho en los libros del Registro, será difícil o inútil ubicarlos...el sistema francés carece del principio de inscripción constitutiva y del principio de exactitud registral lo que, por consecuencia, trae la exclusión del principio de legitimación y el de la fe pública registral". En: Elena Vivar. "Temas de Derecho Registral". / Tal como podemos apreciar el presente sistema registral se basa en los fundamentos esenciales del sistema de transferencia de propiedad francés basado en el sólo consenso, en el que no existe "modo" de reconocibilidad social para constituir el derecho de propiedad, tal como lo podemos apreciar en el texto de Fernández Cruz. Op.cit. Es así que no resulta útil el registro salvo como mecanismo de "publicidad".

8 De acuerdo a Fernández Cruz. op.cit. la teoría de la yuxtaposición del título y el modo considera que el modo es un signo de reconocibilidad social que constituye el derecho de propiedad, estableciéndose que en nuestro sistema se reconoce dicha tesis en la transferencia de propiedad mueble. / Según lo sostiene Manuel De la Puente y Lavalle en su texto publicado en la revista Themis "El contrato con efectos reales": "en el Perú también se adopta el sistema del título y el modo para bienes inmuebles". / Tal como lo señalamos en el cuerpo de la tesis negamos la existencia del presente sistema para la disposición de bienes inmuebles en la medida que no se requiere de modo alguno para que opere la transferencia de propiedad inmobiliaria, dado que resulta suficiente el contrato.

produce el cambio de titularidad con el sólo consenso. (9)

El modo sirve no sólo como un signo publicitario sino como un elemento determinante de la adquisición, es por ello que de no presentarse el modo en la relación jurídica contractual no se produciría la mutación jurídico real.

Tenemos como uno de los tipos del sistema de causa doble a la yuxtaposición del título y el modo, que es adoptado en nuestro país para la transferencia de propiedad de los bienes muebles, en tanto, se requiere de la "traditio" para que se pueda constituir el derecho de propiedad en el adquirente del bien, y en la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles (según sostienen algunos teóricos) que será objeto de análisis posterior.

Otro sistema de causa doble es el que reconoce al registro constitutivo no convalidante, en el cual el registro cumple una función de modo y por tanto un fin traslativo, aunque con las limitaciones de no poder convalidar situaciones que resultan invalidas, en tanto se considera

---

9 Ver: Manuel De la Puente y Lavalle. "El contrato con efectos reales". op., cit.

la existencia de una misma fuente (el contrato). (10)

### 3.1.2 Sistema de la separación del contrato.

El presente sistema postula la existencia de dos contratos, o actos jurídicos para algún autor, en los que se atribuyen diversas funciones. El primero de los contratos produce una relación jurídica obligatoria y el segundo constituye la mutación jurídica real, es así que de existir algún vicio en el primero de los actos enunciados éste no afecta en medida alguna al segundo. (11)

El presente sistema reconoce al registro como "contrato real",

---

10 En esta línea se encuentra el sistema registral español en la medida que "el asiento del transmitente puede desaparecer por nulidad de fondo (art. 39 de L.H) o de forma (art.31 de L.H) lo único que sucede es que la inexactitud de la nulidad del asiento no perjudica a tercero....En España no se produce una adquisición a non domino directamente sino como consecuencia de la irreivindicabilidad del derecho...pese a la protección que se otorga al adquirente de buena fe, es necesario precisar que el sistema no es constitutivo de los derechos inscritos, pues el título es la verdadera causa de la adquisición de derechos reales sobre inmuebles....la inscripción en el sistema español es una formalidad..." Ver: Elena Vivar. op.cit.

11 Sobre el sistema alemán. ver: Fernández Cruz, Gastón. "La obligación de enajenar...." y Escobar Rosas, Freddy. "Reflexiones sobre la llamada compraventa de bien ajeno...". /Debemos criticar el análisis efectuado por la Doctora Elena Vivar en su libro "Temas de Derecho Registral", en la medida que establece que el sistema alemán de transferencia de propiedad adopta un "modo", cuando bien sabemos, que en el presente sistema se adopta una separación de contratos en el que el registro no constituye "modo alguno" en tanto es un acto jurídico independiente.

siendo por lo tanto distinto a aquel que postula nuestra actual regulación civil y el proyecto de reforma del Código Civil, en la medida que la primera reconoce un sistema registral declarativo con función "publicitaria" y la segunda establece un sistema constitutivo no convalidante que resulta diverso a aquel que existe en Alemania. (12)

Los presentes sistemas son los que se reconocen en la Doctrina y que merecen ser analizados no sólo desde una óptica dogmática sino también funcional a efectos de determinar su pertinencia o no en nuestro país, labor que nos encomienda la presente tesis.

### ***3.2 Análisis económico de los sistemas de transferencia de propiedad inmobiliaria.***

---

12 De acuerdo a autores como Freddy Escobar, en el sistema de transferencia de propiedad alemana se presenta la coexistencia de tres actos. El primer negocio, de eficacia meramente obligatoria, viene a identificarse en general con los contratos de finalidad traslativa...el segundo negocio al que se denomina "contrato real", contiene la voluntad de las partes de transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad de un bien...y finalmente el "acto ejecutivo real" está constituido por la tradición del bien, en el caso de ser mueble y por la inscripción del contrato real en el Registro, en caso fuera inmueble. Ver: Escobar Rosas, Freddy. op.cit./ asimismo ver: Fernández Cruz, Gastón. op.cit. / Debemos considerar que en el sistema alemán resulta adecuada la intervención del registro en la medida que la realidad inmobiliaria alemana es de carácter urbana y basada en un plano catastral adecuadamente elaborado, lo que implica un sistema idóneo, más aún cuando éste implica la intervención estatal en la

El análisis funcional implica un estudio de la eficiencia de una institución, lo que consideramos primordial desde el punto de vista "macro" a efectos de reconocer si es posible adoptar uno u otro sistema de los anteriormente desarrollados. (13)

El presente análisis lo efectuaremos tomando en cuenta los costos y beneficios en líneas generales que implicaría para nuestro sistema su implementación.

### 3.2.1 Costos y beneficios de los diversos sistemas.

---

constitución de propiedad, lo que se condice con un sistema colectivista.

13 Para efectos de conocer el sistema funcionalista del análisis económico del Derecho recomendamos la lectura de: Ronald H. Coase en su libro "The problem of Social Cost", Journal of Law and Economics, vol.3, 1960, p.1 ; Richard A. Posner, The Economics of Justice. 180-181 (1981); Calabresi, Guido. "Un vistazo a la catedral"; Bullard Gonzales, Alfredo. "Ronald Coase y el sistema jurídico: a propósito del premio nobel de economía". En: "Apuntes de análisis económico del Derecho".; Cooter y Ulen. "Teoría económica de la propiedad", entre otros. / La presente metodología de análisis postula que debemos buscar el uso más eficiente de los bienes y para ello debemos evitar la escasez permitiendo de otro lado asignar los recursos a quienes se encuentren en una mejor posición para darle el uso más valioso. Así mismo debemos reducir los costos que impliquen las transacciones haciendo más dinámicos los intercambios mediante la internalización de las externalidades. Desde nuestro punto de vista consideramos que el presente enfoque no puede ser aplicado a "raja tabla" en nuestro país en la medida que las condiciones no se presentan similares más aún cuando en materia de transferencia de propiedad existen diversas expresiones culturales que hacen "dinámica" la circulación de los bienes. No debemos olvidar que junto a las reglas dadas por el Estado coexisten pautas establecidas por Espacios Culturales semiautónomos que producen un dinamismo interno el cual trasciende a los Espacios externos (formales) influyendo en el desarrollo de las instituciones. La presente situación es expresión de la pluralidad jurídica existente en nuestro rico país. Para profundizar lo indicado leer: Guevara, Armando. "Pluralidad Jurídica en el Perú".

*a) Sistema de causa única.*

El presente sistema tiene por costos el carecer de un adecuado mecanismo de seguridad, en la medida que no tiene un adecuado canal publicitario que haga oponible la adquisición a los terceros. Así se ha sostenido que el "derecho real de propiedad" que resulta de una adquisición consensual es "relativa" en tanto no produce una adecuada exclusión a los terceros del uso de la titularidad adquirida, lo que encarece la información y desincentiva el intercambio de bienes. Así mismo se señala, siguiendo la tesis de "un mundo carente de propiedad", que la no certeza respecto de la adquisición conlleva desincentivo a la producción en la medida que se aumentan riesgos de pérdida de lo trabajado, piensese en un campesino que produce su parcela y es afectado con la pérdida de sus frutos en favor de un tercero que se reconoce titular.

Si bien estos son los costos, de forma general, en los que incurre el sistema consensual, es óptimo también señalar los beneficios que éste conlleva. Entre éstos tenemos a que sirve como un sistema que incentiva

un intercambio de bienes dinámico en la medida que no es necesario cubrir la adquisición de formalismos que encarezcan el intercambio y que impican intervención de terceros. Así mismo permite la aplicación de mecanismos alternativos de publicidad según sea la realidad en la que se encuentre el sujeto adquirente, lo que no "enajena" los valores y costumbres de los grupos culturales diversos que pueden existir en una realidad pluricultural.

Por otro lado estimula el desarrollo de la autonomía privada, en tanto, el efecto traslativo se produce sin intervención de entes estatales o administrativos que pueden como no garantizar la adquisición.

En conclusión, el presente sistema resultaría de real aplicación desde el punto de vista funcional, en una sociedad eminentemente rural.

#### **b) Sistema de la causa doble.**

El presente sistema reconoce como costos: el encarecimiento de la adquisición al necesitar de un elemento adicional que permita constituir

el traslado del bien del enajenante al adquirente; el no permitir una circulación dinámica de la riqueza al tener que reconocer de forma preliminar el derecho de propiedad en el adquirente para que éste pueda tener legitimidad en la enajenación que persigue efectuar; la intervención de un ente ajeno a las partes para que constituya el efecto "voluntario" de la enajenación, que limita la actuación libre y autónoma de los contratantes; el tener que afrontar costos administrativos diversos que deben ser cubiertos para la implementación de modos de adquisición como el registro, el que en nuestro país no ha cumplido una función adecuada al carecer de elementos indispensables para su desarrollo, como son la "formación de un catastro" y la adecuación de "los principios registrales a la normatividad civil".

Como beneficios podemos considerar que la existencia de un modo genera certeza en el adquirente y la posibilidad de publicitar la adquisición haciéndola "oponible" a los terceros. Esta seguridad conlleva un estímulo para la producción y un incentivo para las inversiones.

### **c) Sistema de la separación del contrato.**



El presente sistema tiene por beneficio el distinguir entre los efectos obligacionales y la constitución de la propiedad, en tanto reconoce la separación de dichos actos. Esto hace más dinámicas las transacciones y otorga certeza a los adquierentes quienes podrán sentir seguridad respecto a los efectos del acto de enajenación en la medida que cualquier eventualidad que conlleve su invalidez o ineficacia no podrá conllevar alteración alguna de la mutación jurídica real operada.

Como costos podemos considerar al estímulo que el presente sistema puede conllevar respecto a los actos inválidos, en tanto su ineficacia no afecta la adquisición obtenida. Es así que podemos afrontar un serio costo de sujetos que ilícitamente obtuvieron la propiedad pero que por razones diversas registraron su adquisición, con ello estaríamos dando camino para que los sujetos puedan incumplir o celebrar actos ineficaces que finalmente se traduzcan en indemnizaciones y que no permitan trasladar los bienes a su uso más valioso y aquellos que se encuentran en la mejor aptitud para explotarlos. En un país como el nuestro un sistema como este generaría un CAOS en la medida que no tenemos una adecuada "cultura" de cumplimiento y más grave aún, ostentamos un alto grado de ilicitud en las adquisiciones.

### **3.2.2 El sistema consensualista vs el sistema registral constitutivo en el Perú.**

Finalmente, de forma preliminar a lo que expondremos en las páginas siguientes, consideremos cuál es el sistema que resulta funcionalmente más adecuado a nuestra realidad.

Consideramos que nuestro país al ser uno mayoritariamente rural resulta complejo para una realidad registral, más aún cuando existen graves problemas catastrales y de duplicación de partidas. El intentar adecuar nuestra realidad a una "urbana" y dentro de un contexto "económico liberal" resulta sumamente peligroso más cuando "ni somos urbe" y menos "liberales", producto de las desiguales realidades económicas y de infraestructura que tienen las provincias respecto a Lima. (14)

---

14 Compartimos las ideas de Fernández Cruz quien sostiene "La realidad concreta del Perú contemporáneo, en nuestro concepto, tanto por su problema estructural de Estado-Nación (problema de orden sociopolítico), pero más aún por su economía preponderantemente rural y agraria, materializa un divorcio entre la función esencial de maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria y la función complementaria de reducción de riesgos, que debe conllevar a la priorización de la

No deseamos negar el "mejor funcionamiento" que implica el Registro como "sistema ideal de exclusión y protección individual del derecho de propiedad", sino lo que consideramos es que aún no estamos preparados social ni económicamente. (15)

Debemos ejecutar un plan programático mediante la formación inicial de un adecuado "mapa catastral", una depuración de títulos y una

---

primera función, sobre la segunda. Ello determina la selección del consenso como mecanismo adecuado a nuestra realidad para regular la transmisión inmobiliaria.../ No obstante lo indicado consideramos que en la urbe limeña sí es posible implementar un sistema registral constitutivo pero siempre que las condiciones se presenten adecuadas, debiendo para ello constituirse un plano catastral.

15 Debemos reconocer que para estimular la circulación de la riqueza es menester postular una seguridad jurídica dinámica por encima de la seguridad jurídica individual o estática, basada en un sistema registral. Es así que debemos crear mecanismos de tutela de los terceros adquirentes de buena fe y así mismo debemos incentivar la formación de modos de reconocibilidad social que puedan dar adecuada publicidad a la adquisición operada. Para ello debemos tener presente el contexto socioeconómico peruano a efectos de poder asignar "eficientemente" los bienes a quienes se encuentren en una mejor posición, pudiendo ser éste un sujeto que sin "ser propietario por registro" es poseedor en la realidad "realizando conductas orientadas a que el bien produzca frutos". / Resulta necesario para implantar en el Perú el registro constitutivo la formación de un catastro, es así que Cardenas Quirós señala: "El catastro debe pues convertirse en el complemento de los registros. Sera posible así, comprobar la efectiva existencia de los inmuebles, sus características físicas, el uso que se les da o que podría dárseles, el estado de posesión en que se encuentran. Mientras que los catastros complementarán los registros, brindándoles la constancia de la existencia real y estado de posesión de los inmuebles que son objeto de los actos jurídicos..... El catastro puede convertirse en un instrumento decisivo de planeamiento social y económico". Ver: Cardenas Quirós, Carlos. " La transferencia de la propiedad inmobiliaria y los registros públicos" En: Jornadas de Derecho Registral. Sunarp./ Desde nuestro enfoque el registro si bien resulta de suma importancia por ser un mecanismo adecuado de publicidad constituiría, en tanto se le reconozca el carácter constitutivo de derechos reales, una peligrosa intromisión en la autonomía privada de los sujetos en tanto su libertad de autorregulación y constitución de efectos jurídicos se sometería a la intervención administrativa por medio de Registros

ardua campaña de "educación registral", como paso final. Así mismo una adecuación justa y real de las diversas normas del ordenamiento jurídico al potencial sistema registral. Creemos que esta tarea es a largo plazo, debiéndose centrar las bases económicas con una adecuada descentralización. De forma preliminar, no podemos continuar equiparando nuestra realidad a un EDEN americano que puede disparar costos e internalizarlos, al existir diferencias económicas y al tener que estimular de forma inicial la "autonomía privada" reduciendo la intervención sea administrativa o estatal. (16)

### ***3.3 El sistema de transferencia voluntaria de propiedad inmobiliaria en Francia, Alemania y Perú.***

Resulta necesaria para efectuar un mejor análisis del artículo 949 del Código Civil el efectuar un análisis comparativo de los diversos

---

Públicos, lo que no constituye un enfoque liberal como lo pretenden postular los analistas económicos del Derecho.

16 Resulta importante citar el artículo 62 de nuestra Constitución de 1993: "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley"./ Tal como se aprecia la libertad contractual debe ser respetada siendo ésta una de las manifestaciones de la "autonomía privada" que se le reconoce a todo sujeto al momento de celebrar un negocio jurídico, por ende, son los sujetos quienes se encuentran en la mejor posición para adoptar la decisión de aplicar el mecanismo de

sistemas planteados en los puntos anteriores, de tal forma podremos reconocer no sólo sus diferencias sino también ciertas similitudes que nos ayuden a enriquecer nuestra propuesta.

### **3.3.1 Los sistemas de transferencia de propiedad inmueble francés, alemán y peruano: similitudes y diferencias.**

Debemos resaltar en primer lugar que todo sistema transmisivo de propiedad, tal como lo hemos enunciado, implica un conjunto de reglas orientadas a establecer las diversas pautas que determinen el efecto de la mutación jurídico-real a partir del traslado de la titularidad del enajenante al adquirente.

Tal sistema puede reunir cualidades diversas lo que determina la existencia de diversos modos de transferencia de propiedad reunidas en los denominados sistemas transmisivos. En este punto realizaremos un análisis de los sistemas recogidos en Francia, Alemania y Perú afectos de establecer los puntos que los diferencian y aquellos en los que convergen.

---

publicidad máa adecuado para oponer su adquisición.

En el caso francés debemos reconocer la existencia de un sistema espiritualista consistente en la unidad del contrato de causa única, de acuerdo a lo que disponen los artículos 711 y 1138 del CODE de Napoleón, en el que se señala que "la propiedad se transmite con el solo efecto de las convenciones". (17)

En lo que respecta a la unidad del contrato, el presente sistema, que hemos analizado anteriormente, considera que el efecto real de la transferencia de propiedad tiene su fuente en el contrato transmisivo celebrado por los agentes capaces. Dicho contrato tiene la suficiencia de producir no sólo un efecto obligacional sino también uno de carácter real. Así la voluntad humana no requerirá de signo de reconocibilidad alguno que determine el efecto traslativo de la propiedad. Este signo exterior será simplemente utilizado como modo de protección por el sujeto adquirente el que podría ser dispensado, en tanto no es necesario, para la constitución del derecho real. Cabe señalar que tal sistema fue objeto de críticas por parte de Velez Sarsfield quien en la nota al artículo

---

17 Para efectos de profundizar lo indicado resulta importante la consulta de los libros siguientes: CHICO Y ORTIZ, Jose María. "Estudio sobre Derecho Hipotecario"; PAZOS GARCIA, D. "Sobre la Estadística de los Registros de Propiedad". Madrid, parte II; ROCA SASTRE, Jose María. Derecho Hipotecario. Tomo I. y LA CRUZ, José Luis.

577 del Código argentino se refiere al código Francés en los siguientes términos:

*"..confunden los conceptos entre derechos personales y reales, sin intervalo entre la perfección de los contratos, la transmisión y adquisición de la propiedad"(18)* (En: Ardissoni. Tradición de bienes inmuebles y muebles registrables).

Por su parte en el caso del sistema alemán (artículos 873, 925 y 929 del B.G.B) se reconoce la existencia de un sistema transmisivo de separación del contrato en el que se desarrollan dos negocios: uno de carácter obligacional y otro real. Así autores como Enneccerus, Kipp y Wolff en su Tratado de Derecho Civil. Tomo III Vol. 1 sobre los bienes; nos indican sobre el negocio de inscripción o real:(19)

*"El consentimiento de la inscripción es la declaración de que se autoriza a la oficina de registro..para modificar un derecho. El consentimiento de inscripción es un negocio abstracto. Su causa*

---

Derecho inmobiliario registral.

18 En: ARDISSONI. Tradición de bienes muebles y muebles registrables.

19 En: ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Vol. 1 Sobre los bienes.

*es, por regla general, el cumplimiento de un deber de asentimiento".*

En el presente sistema, a diferencia del sistema espiritualista, el contrato (entendido como negocio generador de obligaciones) no produce el efecto real de adquisición del derecho de propiedad, sino se requiere de la presencia de un segundo negocio (independiente al primero) que tiene por consecuencia la mutación jurídico-real, consistiendo este en el registro de la adquisición. En este sistema el registro no tiene como objetivo servir de publicidad para la oponibilidad del derecho real de propiedad sino se reconoce como el modo de adquisición de éste. (20)

La peculiariadad del sistema de la separación del contrato recae en que cualquier supuesto de afectación estructural de dicho negocio, tal como lo hemos analizado anteriormente, no repercute en el efecto traslativo de la propiedad inmueble operado en virtud del acto registral.

---

20 En el sistema registral alemán después de realizada la inscripción el derecho adquiere una fuerza tal que si el Registrador, por error o negligencia, realiza una inscripción errónea, es el Estado quien responde de ellas y su obligación de indemnizar es correlativa. El título que logra inscribirse en el Registro Alemán será mejorado cuando adolece de vicios ya que los efectos jurídicos son plenos, pues sólo se está a lo expresamente registrado. En: Elena Vivar. Op.cit.



En el caso peruano, por su parte, el sistema adoptado, según la mayoría de la Doctrina y que será desarrollado posteriormente, es el de unidad del contrato en la modalidad de yuxtaposición del título y el modo y en esa medida la transferencia de propiedad tiene como fuente o causa remota el contrato transmisivo y como causa directa o próxima el modo de adquisición, el que complementa el título. Así Manuel de la Puente y Lavalle en su texto "El contrato en general: comentarios a la sección segunda del Libro VII del Código Civil. Vol.XI Primera Parte-Tomo III" nos indica:(21)

*"Para la adquisición de derechos reales nuestro Código Civil ha adoptado la teoría del título y el modo según la cual cuando se celebre un contrato tendente a la adquisición de un derecho real... esta adquisición no se produce por el solo efecto del contrato, sino que hace falta, además, la tradición del bien.*

*Como dice ALBALADEJO, título es el acto jurídico (el contrato) por el cual se establece la voluntad de transferir*

---

21 En: De La Puente y Lavalle, Manuel. "El contrato parte general. Comentarios a la

*el derecho; y modo es la conducta (la entrega) mediante la cual se realiza efectivamente la transferencia. Sin título previo el modo no transfiere el derecho real. Sin modo subsiguiente, el título es insuficiente para esa transferencia. Se necesita pues, la conjunción de los dos elementos para que la transferencia de la propiedad pueda producirse.."*

A diferencia del sistema alemán si se verifica un supuesto de invalidez en el contrato el modo se ve afectado y por ende no se realiza la transferencia, en tanto que, enfrentado con el sistema francés, el contrato no es suficiente para producir el traslado de propiedad el que opera con la tradición del bien. Desde nuestro punto de vista, consideramos que el artículo 949 del Código Civil en puridad reconoce un sistema de causa única en tanto no existe en realidad una obligación que implique un modo de transferencia, resultando ello un modo "abstracto" innecesario, que surge de un artificio francés creado para no afectar el concepto de contrato como fuente obligacional. Tal como tenemos entendido la

---

sección segunda del Libro VII del Código Civil. Vol. XI. Primera parte. Tomo III.

obligación reconoce la existencia de una prestación, que implica la conducta conducente a la satisfacción del acreedor. Dicha conducta debida es reconocida como un elemento estructural esencial que de no presentarse desnaturalizaría a la obligación, como es el caso del artículo 949 del Código Civil. (22)

### **3.3.2 La importancia de un modo de transferencia de propiedad inmobiliaria en los presentes sistemas.**

Tal como se ha explicado en líneas anteriores el modo de transferencia de propiedad es aquel signo de reconocibilidad social que permite al sujeto adquirente de un bien publicitar su adquisición a los terceros no intervinientes a fin de oponer su derecho subjetivo de propiedad y evitar así cualquier situación que persiga menoscabar su titularidad.

---

22 En toda relación obligatoria tenemos elementos que pueden ser mutables o inmutables, dependiendo los efectos que estos produzcan en el desarrollo de la obligación. Dentro de los elementos mutables, pero que resultan esenciales, tenemos, siguiendo a Díez Picazo, Hernández Gil, García Amigo y Albaladejo, a la "prestación" entendida como la conducta debida que el sujeto deudor debe desplegar en favor del sujeto acreedor como medio para la satisfacción de su interés (el cual se entiende como el juicio de valor sobre las cualidades que tienen los bienes para la satisfacción de una necesidad). Tal como se puede concluir es esencial la presencia de una prestación en la estructura obligacional, dado que su ausencia implicaría la

El modo, como complemento de un título de adquisición, se ha desarrollado de mayor forma en los sistemas que reconocen una doble causa y que tienen sus fuentes en el antiguo Derecho Romano. Tal como es de conocimiento, de acuerdo a las fuentes justinianas recogidas y estudiadas por diversos romanistas como Arangio Ruiz en Italia (y que han sido estudio del primer capítulo), en Roma se desarrollaban diferentes tipos de rituales que permitían al adquirente de un bien reconocer su adquisición, es así que existían formas de publicidad tales como "el rodar por el suelo", el señalar desde una colina el predio, el simular un procedimiento (en el caso de la *in iure cesio*), entre otros diversos. (23)

Dicho modo ha evolucionado de diversa forma generando en algunas circunstancias su desaparición por razones de inoperancia (tal como lo pudimos demostrar en el capítulo primero de nuestro trabajo). Así en la evolución del Derecho Romano, recogido en Italia y en Francia, el modo de adquisición de los bienes inmuebles se espiritualizó siendo reemplazado este por simbolismos que devinieron en la suficiencia del

---

imposibilidad de satisfacer al acreedor y así mismo la no existencia de una obligación.

título para operar la transferencia de propiedad.

De un análisis del sistema francés podemos observar que el modo desaparece, dejando a la voluntad subjetiva la labor de generar el efecto traslativo de propiedad. Si bien es cierto el modo no se reconoce como momento determinante de la adquisición del derecho de propiedad por parte del adquirente si se utiliza como mecanismo idóneo de publicidad del derecho adquirido. En el caso del sistema francés dicho modo es el registro que es utilizado como una herramienta para robustecer al derecho subjetivo de propiedad "inicialmente relativo" de una armadura que lo haga oponible frente a los terceros.

Por su parte en el sistema alemán el modo inicialmente adquirido por la influencia romana, se fortalece a punto tal de consolidar su autonomía reconociéndose como un negocio independiente al generador de obligaciones, siendo el momento de su celebración el acto de la inscripción registral (que no implica un acto puro y desmedido del Registro, como sucede en Austria con el sistema Torrens donde el Estado es quien transfiere el bien), sino constituye el reconocimiento del derecho de propiedad en la esfera patrimonial del adquirente en virtud de

un acto de voluntad del enajenante, que constituye el negocio real. (24)

Así mismo podemos indicar que el negocio real de adquisición alemán no se reconoce como complemento alguno de un título, dado que existe una separación de los contratos de obligación y de enajenación, lo que constituye la médula de la distinción con el sistema francés. Es por esta razón que los supuestos de afectación estructural del negocio obligacional no enervan los efectos de la constitución del derecho real de propiedad en tanto se halla efectuado adecuadamente el acto registral.

(25)

De otro lado en lo que respecta al sistema peruano se ha efectuado toda una polémica en virtud del artículo 949 del Código Civil. Así autores como el Dr. Manuel De la Puente reconocen que el artículo regula un modo abstracto de adquisición dado que el Sistema imperante en nuestro país resulta ser el de la yuxtaposición del título y el modo. Pero, si bien reconoce ello también considera que dicho artículo sufre de un problema constructivo grave que lo lleva a considerar el carácter "postizo" de la norma. Por otra parte, autores como Cárdenas Quirós consideran que la transferencia de propiedad opera por el modo recogido

en el artículo 949 que es el nacimiento en sí mismo de la obligación, que el ordenamiento jurídico valora otorgándole eficacia traslativa. Otros juristas nacionales han sido extremistas en sus apreciaciones y consideran que la transferencia de propiedad se desarrolla mediante el título y el modo el que no se recoge en el artículo 949 del Código Civil dado que dicha norma está pensada para ser aplicada en transferencias operadas en virtud de contratos atípicos.(26)

Desde nuestro punto de vista, y sin dejar de lado nuestra labor comparativa, debemos considerar que el artículo 949 del Código Civil en realidad reconoce un sistema traslativo consensual dado que no es necesaria la presencia de un signo de reconocibilidad social que determine su adquisición. Si bien esta es nuestra apreciación no podemos negar la contradicción flagrante en la que podemos incurrir en nuestro sistema dado que el Código Civil reconoce en sus artículos 1351 y 1402 que el contrato es fuente de obligaciones y no tiene por objeto crear o constituir derechos reales.(27) Ante tal circunstancia y conscientes que en la actual reforma del Código Civil se postula, creemos de forma equívoca, recoger un sistema registral (como modo de adquisición) para los bienes registrados y la tradición para los no registrados es que

efectuamos nuestra comparación con el sistema francés indicando que en el presente caso a diferencia de dicho sistema, el modo cumple un rol determinante en tanto constituye el derecho real de propiedad en la situación jurídica del adquirente. (28)

Por otra parte de efectuar un paralelo con el sistema alemán observaremos que en el sistema peruano el modo no se desvincula del título de adquisición lo que implica que de existir un supuesto de ineficacia estructural o funcional ello conllevará a que la constitución del derecho no produzca efectos. (29)

### **3.3.3 Rol del registro de propiedad inmueble en la transferencia de propiedad inmueble y su conveniencia.**

El Registro de propiedad es aquel que sistematiza en asientos la identificación de los diversos predios a efectos de desarrollar una labor de control, que en sus orígenes tenía un propósito tributario, a fin de permitir un adecuado seguimiento de los hechos que impliquen alteralidades en sus situaciones jurídicas. Así se registran las diversas



adquisiciones, los gravámenes, las cargas, la independización del bien entre otros supuestos que conlleven a permitir un tráfico seguro de la titularidad de dichos bienes. (30)

El Registro tal como lo estamos describiendo es reconocido como el modo principal de oponibilidad en tanto brinda seguridad en torno a su contenido. Pero si bien éste es el rol más difundido del Registro, Cardenas Quirós nos indica que el Registro cumple un triple objetivo (31):

- "i) Protección al titular de un derecho real, para que su ejercicio sea respetado.*
- ii) Respeto por parte de la sociedad del derecho legalmente constituido.*
- iii) Protección del interés y el derecho de los terceros"*

A partir de estas premisas resulta pertinente efectuar un análisis de las características adoptadas por el Registro en países como Francia y Alemania a efectos de determinar las diferencias existentes respecto al sistema peruano.

En el sistema francés (32) el registro tiene un carácter personal, es decir los asientos registrales se constituyen sobre la base de un legajo personal. Realizada la identificación de un sujeto determinado se registran las diversas adquisiciones efectuadas por este sobre bienes inmuebles y se indican los gravámenes y cargas existentes. De dicho modo el sujeto publicita la adquisición de un determinado bien inmueble a fin de que resulte oponible a los terceros evitando que éstos puedan realizar actos que limiten su derecho. En tal sentido el Registro cumple un rol publicitario, tanto material como formal, lo que determina un carácter declarativo complementario de éste lo que lo asemeja al sistema peruano aunque con la diferencia esencial de la naturaleza del registro, en tanto en nuestro país tal como lo hemos señalado el Registro es de carácter real. Sobre las características del sistema registral francés podemos citar a Cárdenas Quirós quien nos señala en su texto "la transferencia de la propiedad inmobiliaria" lo siguiente:

*"El sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios:*

- *La inscripción tendría por objeto hacer oponibles los actos frente a los terceros.*
- *El registro sería personal.*
- *Los actos celebrados intervivos no convalidaría los vicios de los títulos ni impediría las acciones reivindicatorias.*
- *De un lado, se llevaría un registro de hipotecas y del otro, uno de propiedad y sus desmembraciones". (33)*

En lo que respecta al sistema alemán el Registro es de carácter real pero basado en un catastro el que tiene como base el parcelamiento de los bienes. Dicho catastro permite identificar de modo preciso el bien permitiendo que el Registro cumpla un rol determinante en la adquisición en tanto no sólo publicita el dercho sino constituye el traslado de la titularidad. Así mismo el catastro impide la especulación sobre inmuebles inexistentes, evita los problemas frecuentes de superposición de propiedades, evita la doble inscripción de un mismo inmueble en el Registro, suprime la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles, dificulta la construcción clandestina de construcciones por

usurpadores, permite la identificación de las tierras abandonadas y con todo ello promueve las operaciones inmobiliarias. Recapitulando podríamos centrar como diferencias centrales el carácter catastral del Registro y su función constitutiva de los derechos reales de propiedad.

(34)

En el sistema peruano podemos complementar la información inicialmente señalada estableciendo que es de carácter real aunque no basada en un catastro sino en la propiedad predial. Dicho carácter predial ha generado una serie de problemas estableciéndose la necesidad de constituir un catastro en el Perú. En los últimos años tal lucha se vio cristalizada en el Registro Predial y otros como el Registro Catastral de Predios Rurales del Ministerio de Agricultura, aunque con poca fortuna dado el gran porcentaje de predios por catastrar. Si bien es cierto se han dado los primeros pasos no podemos negar que ello constituye una diferencia central con el sistema alemán. De otro lado, nuestro registro es facultativo y de carácter declarativo y no constitutivo como el germano, asemejándose al sistema francés pero a diferencia de éste el nuestro es de naturaleza real. (35)

### *3.4 Análisis del sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Perú: estudio del artículo 949 del Código Civil.*

Al efectuar el análisis de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, debemos tener como punto de partida al artículo 949 del Código Civil.

El presente artículo dispone que "la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario"

Es basta la polémica que surge de la interpretación de la presente construcción normativa buscando justificar la adecuación de la misma a un determinado sistema de transferencia de propiedad.

Tal como lo hemos desarrollado al inicio del presente capítulo son tres los sistemas de transferencia de propiedad inmueble desarrollados desde la perspectiva clásica: el sistema francés, el sistema romano y el

sistema alemán, habiendo sido agrupados éstos ,tal como fue visto, en dos sistemas mayores: el sistema de unidad del contrato y el sistema de separación de los contratos.

El primero de los denominados sistemas mayores, tal como se puede recapitular, el de unidad del contrato, sostiene que el contrato es la única fuente que produce la consecuencia transmisiva de propiedad, pudiendo darse dicho efecto de forma inmediata o de forma mediata o diferida.

En el primero de los supuestos tenemos al sistema de la causa única en el que se incorpora el sistema espiritualista francés , donde el contrato es suficiente para producir el efecto traslativo de propiedad, no requiriendo acto alguno complementario salvo que el propio adquirente desee darle una mayor publicidad a su adquisición. Es así que Salvat nos indica, comentando el Código Napoleónico, que dicho cuerpo de leyes creyó preferible establecer el principio de que la propiedad se transmite con el solo efecto de las convenciones (artículos 711 y 1138 del CODE), bastando así la sola voluntad. (36)

En el presente sistema el contrato tiene la posibilidad de producir un efecto real inmediato, aunque ello resulte contradictorio con lo que establece el propio Código Napoleónico en tanto que se reconoce en las fuentes francesas que el contrato tiene por objeto servir de fuente de las obligaciones, mas no tener la potestad creadora de efectos reales. A pesar de lo expuesto en el sistema espiritualista no resulta indispensable un modo de reconocibilidad social para que opere la transferencia de propiedad, bastando para ello, tal como se ha indicado, el consentimiento o la capacidad creadora de la voluntad. La autonomía de la voluntad cumple un rol determinante, tal como podemos apreciar, en la circulación de los bienes.

Si bien es cierto, recordamos, se considera al contrato como el instrumento idóneo y suficiente para que opere el efecto traslativo, resulta preocupante para el jurista francés los problemas que pueden generarse por defectos en la oponibilidad del derecho. Dichos problemas resultan cubiertos por medio de un mecanismo adecuado de publicidad, que será establecido por los propios sujetos, siendo el más frecuente en el caso de los bienes inmuebles, el del Registro, que tiene en el sistema francés un rol publicitario y una naturaleza personal.

En el segundo de los supuestos, según fue visto, tenemos al denominado subsistema de la doble causa en el que se requiere de un complemento consistente en un acto de reconocibilidad social que permita constituir el derecho de propiedad en el adquirente a la par que lo publicita. Dentro de estos tenemos al de "la yuxtaposición del título y el modo" o sistema romano y al "del sistema registral constitutivo no convalidante". Así tenemos que el modo implica una suerte de signo material que permite indicar a los terceros que está operando la transferencia de propiedad, siendo dicho acto de reconocibilidad social la entrega o traditio que consiste en el desplazamiento físico del bien de la esfera patrimonial de un sujeto a la del adquirente. En el supuesto indicado del registro constitutivo no convalidante tenemos que el "modo" o signo de reconocibilidad es el registro pero que en tanto complemento de un mismo contrato no puede desligarse de éste convalidando la ineficacia estructural o invalidez de la que puede ser objeto.

En el sistema romano observamos que el modo no resulta ser un simple medio de publicitar un derecho, que resulta ser accesorio, sino



también resulta ser determinante para el efecto real de transferencia de titularidades. En este sentido, el modo se considera un segundo momento en la formación del efecto mutante de la propiedad consistiendo en la causa próxima de la transferencia.

En el supuesto del registro-modo, la transferencia de propiedad opera con el acto registral, debiéndose resaltar que dicha inscripción no se desliga del acto jurídico que le sirvió de fuente en tanto de presentarse un defecto estructural no susceptible de convalidación el acto se considerará "muerto" jurídico careciendo de suficiencia para crear obligaciones y generar mutaciones jurídico-reales.

El segundo sistema mayor, que fue analizado al inicio del presente capítulo, es el de la separación de los contratos que implica la existencia de dos actos jurídicos: uno primero que genera un efecto obligacional y uno segundo que produce el efecto real, siendo este segundo independiente del primero lo que implica que la eventual ineficacia estructural del acto obligacional no tiene que afectar la eficacia del segundo. Es así que de verificarse una alteralidad estructural que implica un defecto de formación insubsanable, como el caso de un fin ilícito,

cuya afectación recae sobre intereses sociales de importancia esencial generando accidentes en la consecución del resultado obligacional, se producirá la nulidad del acto jurídico (contrato) mas no del registro efectuado. Si bien se afectan intereses esenciales, al estar desligado el presente acto o negocio de aquel denominado negocio de constitución real, no se producirán consecuencias en el segundo siempre que cumpla con los requisitos necesarios para su formación. El presente sistema es el recogido en Alemania donde se reconoce al acto real como uno efectuado en el registro, siendo éste uno constitutivo de carácter convalidante.

#### ***3.4.1 Posible adopción de un sistema de título y modo.***

Del análisis de los diversos sistemas (siendo el último uno muy similar al conocido como Sistema Torrens, recogido en países como Australia, aunque con la diferencia en el hecho que en el sistema australiano el registro implica una constitución del derecho por parte del Estado y no del antiguo titular, en tanto el bien vuelve al Estado desconociendo la existencia de una "cadena" de intercambios) tenemos que los diversos juristas nacionales como De la Puente, Arias Schreiber,

Cardenas Quirós consideran la pertenencia del artículo 949 del Código Civil al sistema de la yuxtaposición del título y el modo (37). Es así que sostienen que el modo de transferencia resulta siendo "abstracto", en tanto no es de carácter material dada la imposibilidad del traslado corpóreo de un bien inmueble (predial), consistiendo éste "en el hecho creativo obligacional"(nacimiento de la obligación), otorgándole la Ley el efecto constitutivo del derecho de propiedad desde el momento de la adquisición. Es así que el modo cumple un rol no sólo publicitario tal como se le reconoce en un sistema consensual, sino uno de carácter determinante en tanto genera el traslado de la titularidad.

### ***3.4.2 El sistema consensual en el artículo 949 del Código Civil.***

La interpretación antes descrita es analizada y cuestionada por autores como Fernández Cruz quien sostiene que existe un sistema consensualista en el artículo 949 del Código Civil, en tanto resulta artificial y engañoso aludir a una obligación en dicho artículo en tanto no existe prestación o conducta alguna, que resulta indispensable en la estructura obligacional tal como lo sostiene Diez Picazo en España el que

considera a la prestación como un elemento estructural esencial. Nuestra apreciación coincide con la del autor citado más aún cuando el resultado adquisitivo los sujetos lo reconocen con el consentimiento, facilitando ello el tráfico dinámico de los bienes inmuebles.

Si efectuamos un análisis del tenor del artículo, objeto de estudio, debemos tener presente que se hace referencia a una "obligación de enajenar". De acuerdo a la teoría general de las obligaciones y siguiendo el concepto germánico de la obligación, postulado por Larenz, la relación jurídica obligatoria reconoce en su estructura la existencia de una prestación como medio de satisfacción, en la medida que implica el desarrollo de una conducta conducente a proveer la utilidad al acreedor. El problema suscitado frente al artículo 949 del Código Civil es que la obligación señalada carece de prestación, siendo en realidad una suerte de artificio creado por los franceses para no desconocer el objeto del contrato que implica crear una obligación y no un efecto real inmediato.

De lo señalado podemos considerar que no existe obligación , respetando en todo caso la posición diversa que pudimos recoger de una

conversación con Cardenas Quirós quien nos señaló que el efecto traslativo de propiedad lo genera la Ley, tal como lo hemos señalado, que valora la creación de una obligación como suficiente para generar el efecto real. La conclusión a la que estamos abordando es que el contrato produce efectos reales desde el momento del consentimiento, lo que resulta discutible si lo enfrentamos con el artículo 1351 del Código Civil que establece que el "contrato es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" siendo estas últimas de acuerdo a una interpretación sistemática con el artículo 1402 del Código Civil "las obligaciones" en tanto se dispone que "el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones". (38)

Tal como se puede desprender de lo analizado, el contrato en el Perú no puede producir efectos reales inmediatos, más aún cuando el artículo 1529 del Código Civil que define a la compraventa, principal contrato traslativo de dominio, establece que en virtud de la compraventa el vendedor se obliga a transferir propiedad, es decir que no se genera un efecto real inmediato sino mediato a diferencia del Codice Civile italiano.

Se verifica así una asistemática entre los artículos señalados, lo que merece una precisión legal. Nuestra posición tal como hemos indicado, se orienta, entonces, al consensualismo producto de nuestra realidad rural, muy similar a la italiana y al hecho de privilegiar entre los objetivos de un sistema de transferencia de propiedad el de dinamizar la circulación de la riqueza por encima de la seguridad jurídica estática producto de un liberalismo excesivo. (39)

### ***3.4.3 La adopción de un sistema registral: el proyecto de reforma del Código Civil.***

Desde otra perspectiva autores peruanos como Bullard Gonzales, Mejorada Chauca y Avendaño Valdez, reconocen la importancia del Registro como sistema constitutivo del derecho de propiedad basado en un criterio individualista, propio de una economía de mercado, en el que es necesaria una seguridad jurídica estática. A nuestro parecer la posición asumida resulta no coincidir con la realidad peruana en tanto esta es de carácter esencialmente rural, tal como lo hemos señalado al efectuar el análisis funcionalista de los diversos sistemas, mas cuando nuestro

Registro no se construye en base, como en el caso alemán, a un catastro estructurado en un parcelamiento.

La presente postura se construye en base a uno de los objetivos de los sistemas de transferencia de propiedad: el de la seguridad jurídica, tal como lo plantea el sistema de unidad del contrato (registral no convalidante). Se afirma que no existe un derecho real pleno de no existir un mecanismo de oponibilidad adecuado y que le otorgue fortaleza al derecho, dándole la calidad de oponible erga omnes. Tal situación implicaría cambiar una realidad jurídica y concreta, en tanto tenemos normas cuya aplicación se basa en el consensualismo y una realidad que se construye, tal como se ha indicado, en base a la confianza en el intercambio, de ello resulta la ausencia de documentos y la intervención de sujetos que den fe del acto sin mayor trámite, que resulte engorroso. Es así que consideramos complementar lo expuesto con una crítica a determinadas instituciones que tienen el espíritu registral intrínseco, muy a pesar que no se adopto la clasificación en base al registro propuesta por Jorge Avendaño Valdez. (40)

### ***3.4.3.1 La utilidad económica del bien: la hipoteca.***

Los derechos reales son derechos subjetivos otorgados por el ordenamiento jurídico a los sujetos para que logren mediante ellos la tutela de sus intereses. Dichos derechos reales permiten atribuirle a un sujeto el poder y las facultades para valerse del bien permitiendo su explotación y la circulación de la riqueza esencial para el despegue de nuestra economía.

De acuerdo a lo expresado en el punto anterior la constitución del derecho real de propiedad se realiza con el consentimiento, pudiendo el sujeto "idealmente" utilizar el bien para provecho particular , permitiéndose la explotación del mismo.

El problema se presenta cuando el sujeto busca hipotecar un bien inmueble de su propiedad, para garantizar una deuda determinada convirtiéndose en sujeto de crédito, lo que se le impide al no encontrarse registrado el bien. De acuerdo a lo dispuesto en el Código civil de 1984 en su artículo 1098 la formalidad de la hipoteca es la escritura pública debiendo inscribirse para ser opuesta a terceros. ante tal situación surge



un punto oscuro en la eficacia del derecho el que es limitado (de forma indirecta por la ley) al no poder fácticamente gravar el bien. Si bien es cierto puede generarse una anticresis esta figura resulta oportuna para bienes que pueden ser utilizados y fructíferos tales como chacras o parcelas.

Entonces, cabe preguntarnos, por qué el Código Civil reconoce la transferencia consensual; por qué reconocer la necesidad de un registro en las hipotecas cuando muchos bienes no están inscritos. Tales interrogantes han generado la "fiebre del registro", más aún cuando aquellos que invadieron terrenos construyeron generando la superposición de derechos de propiedad de la fábrica sobre la de un derecho ajeno sobre el terreno.

Debemos reconocer que en comunidades campesinas y nativas, la garantía mediante la tierra se hace de forma simbólica lo que permite un mayor tráfico de bienes y servicios al no requerir un formalismo, si bien hoy menos oneroso y expeditivo, que implica un costo de tiempo mayor. El problema es la desconfianza, y así se presenta al registro como un sistema de seguridad ideal, pero vemos con cierto temor que muchos

acreedores hipotecarios no son satisfechos a pesar del registro, debiéndose en todo caso generar un cambio gradual en la mente de los agentes económicos de "confianza" en las personas y no en la dependencia de un "modo".

#### ***3.4.3.2 La defensa posesoria: interdictos sobre bienes registrados***

Si analizamos la exposición de motivos del Código Civil y las reuniones sostenidas en la Comisión de Reforma del Código Civil de 1936, el Doctor Jorge Avendaño Valdez postuló la clasificación de los bienes en registrables y no registrables y en los primeros en registrados y no registrados. Dicha posición fue descartada al no coordinar con nuestra realidad, la que en la actualidad se ha informalizado más y ha experimentado una transposición cultural provinciana a la capital, utilizándose medios de publicidad alternos al registro. A pesar de ello se mantuvo en espíritu lo que podemos observar en el artículo 921 que refiere a los bienes muebles inscritos y a los bienes inmuebles (que presuntamente también están inscritos), el problema se suscita por el hecho que la posesión de bienes muebles no inscritos implica propiedad

para los terceros de buena fe, de acuerdo al artículo 948 del código Civil, lo que nos lleva a concluir que para nuestro Código Civil la propiedad de los inmuebles y de los bienes muebles inscritos implica el registro de éstos (no quepa duda en los segundos) lo que conlleva a la tutela de la posesión inmersa en el derecho de propiedad.

Lo anterior nos lleva a criticar el artículo a la luz de la realidad dado que existen otras formas de acreditar la titularidad de dicho derecho siendo el registro sólo un medio, capaz eficaz, para corroborar su existencia. Tal es el caso que vemos en jurisprudencia que es necesario probar el hecho de la posesión no siendo suficiente el hecho de figurar como propietario en un registro, pudiéndose demostrar la misma mediante a partir del uso efectivo del bien, el cual asimismo le puede corresponder a un no-propietario como un inquilino.

#### ***3.4.3.3 Las medidas cautelares sobre bienes inmuebles.***

Nuestro Código reconoce como medida cautelar, es decir como "instrumento para garantizar el resultado de un proceso y que se efectúa a

favor de una de las partes (acreedora) en la medida que exista peligro en la demora y verosimilitud del derecho", al embargo permitiéndose el embargo sobre bienes inmuebles inscritos y no inscritos, siendo el primero a partir del registro del embargo en el asiento registral correspondiente y el segundo por medio de un depósito del bien a cargo del acreedor o un tercero.

Como podemos observar no es determinante la existencia de un registro para "garantizar" el resultado de un proceso siendo tal medida eficiente para nuestra realidad que no reconoce al registro como uno de carácter constituyente.

### ***3.5 Conclusiones.***

Luego de analizados diversos supuestos podemos considerar que el registro en nuestro país no resulta determinante en la medida que depende de un acto jurídico el que puede afectar su eficacia, siendo en todo caso un instrumento adecuado de seguridad pero que en nuestro país puede ser desplazado por otros modos de reconocibilidad social que

puedan reconocer en los sujetos una intervención efectiva, por ejemplo apartir de notarios o vecinos notables del pueblo que le permitan un grado de confianza aceptable para un adecuado intercambio entre los sujetos.

No debemos caer en una fiebre registral debemos reducir la temperatura y preguntarnos que tan útil resultaría una modificación que implicaría la necesidad de incorporar en la relación contractual un momento ex-post de perfeccionamiento mediante el registro. La pregunta es una sola "¿estamos preparados?".

## CONCLUSIONES

1. En Roma existía un sistema espiritual de transferencia de propiedad que se fue construyendo conforme la “traditio” fue experimentando cambios en su operatividad social, es por tal motivo que no debemos seguir efectuando una estricta asimilación del Sistema de causa doble de transferencia de propiedad con el Sistema romano justiniano.
2. En el Perú es objeto de debate el contenido del artículo 949 del Código Civil en la medida que se reconoce por un sector la existencia de un sistema de causa doble de yuxtaposición del título y el modo (donde el modo es un signo abstracto de reconocibilidad social) y por otro lado se postula la regulación de un sistema de causa única de transferencia de propiedad basado en el consenso.
3. Ante tal situación debemos asumir una posición a la luz de la realidad nacional a efectos de constituir un sistema legítimo. Desde nuestro punto de vista dicho

sistema es el Sistema de Causa Única de transferencia de propiedad inmobiliaria en tanto ello estimula el tráfico de bienes y servicios y logra una situación de bienestar donde los sujetos tienen la potestad de decidir el mecanismo más eficiente para proteger su derecho.

4. Nuestro Código Civil si bien no adopta una clasificación de bienes en registrables y no registrables reconoce funcionalmente numerosos artículos en los que se recoge un sistema basado en el Registro.

